Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zum sog. Durchgriffsproblem

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Heinz B. Nestele

aus Crailsheim

1966

1965

Spezialfotodruckanstalt für Dissertationen
Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

8524

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zum sog. Durchgriffsproblem

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Heinz B. Nestele

aus Crailsheim

1966

Spezialfotodruckanstalt für Dissertationen
Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

Dekan: Prof. Dr. Martin Heckel

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1965

Die Arbeit wurde am 7.8.1962 der Rechtswissenschaftlichen Abteilung eingereicht. Die Beurteilung der Arbeit richtet sich nach dem Stand der Wissenschaft im Zeitpunkt der Einreichung.

INHALTSVERZEICHNIS

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. ALLGEMEINER TEIL 1

1. Kapitel: Das Thema 1

2. Kapitel: Abgrenzungen 4

1. Normanwendungsprobleme 4
2. Steuerrecht, juristische Personen des öffentlichen Rechts 7

3. Kapitel: Bemerkungen zur Rechtsvergleichung 9

1. Die Begriffe "Rechtsfähigkeit" und "juristische Person" 10
2. Die AG und die GmbH 12
3. Ergebnis 15

4. Kapitel: Die Behandlung des Durchgriffs in der deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechtsprechung und Lehre 16

A. Die Rechtsprechung in Deutschland bis 1945 16
B. Die spätere Rechtsprechung, besonders des BGH bis 1955 22
C. Die Stellungnahme der Literatur bis 1955 25
1. Urteilsanmerkungen 25
2. Selbständige Schriften 25
a. Befreiung vom Streit über das Wesen der juristischen Person 26
b. Die Stufentheorie 27
3. Untersuchungen zur Einmanngesellschaft und zum Konzern 30

D. Die Rechtsentwicklung seit der Arbeit Sericks (Rechtsform und Realität juristischer Personen 1956) 35

E. Die Entwicklung im schweizerischen und österreichischen Recht 46

1. Die Schweiz 46

2. Österreich 53

5. Kapitel: Die eigene Auffassung 57

1. Der Ausgangspunkt 57

2. Das Prüfungsschema 59

3. Das einheitliche Kriterium: Die Interessenlage 63

B. BESONDERER TEIL 66

Vorbemerkung 66

6. Kapitel: Schutz der Interessen der Gläubiger der juristischen Person 66

1. Die Haftung auf Grund der Gläubigerschutzvorschriften 66

2. Die Haftung aus den schuldrechtlichen Beziehungen 76

3. Der Einfluß des Tatbestands der gesteigerten Rechtsmacht des Gesellschafters auf interne Rechtsbeziehungen 88

4. Der Regierungsentwurf zum neuen Aktiengesetz (1960) 91

7. Kapitel: Schutz der Interessen der Gesellschaftergläubiger 93

8. Kapitel: Schutz der Interessen von Personen, die mit der juristischen Person oder ihren Mitgliedern in Rechtsbeziehungen treten 103

1. Inhaltliche Änderung der Rechtsbeziehungen 103

a. Zurechnung des Verhaltens des Gesellschafters 103

b. Zurechnung seiner Eigenschaften 109

c. Äußere Umstände 115

d. Der Kauf eines Aktienmantels 120

2. Erstreckung der Rechtsbeziehungen auf den Gesellschafter 131

9. Kapitel: Schutz der Gesellschafter-interessen 135

1. Schutz der Mitgesellschafter gegen gesellschaftsinterne Handlungen des Gesellschafters 135

2. Schutz des Gesellschafters gegen Dritte 140

10. Kapitel: Schutz sonstiger höher bewerteter Interessen 144

Nachwort 153

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

A. Deutschland

1) BAUMBACH-HUECK: Gesetz betr. die GmbH, Kommentar, 9. Aufl., München und Berlin, 1960.

2) BAUR, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin, 1960.

3) BEITZKE, Günther: (Rezension von Serick: Rechtsform und Realität ...), JZ 1956/40 und 673 - 678.

4) CREIFELDS: Neue Probleme um alte Verbindlichkeiten aus Rüstungskrediten, JZ 1951/705 ff.

5) DROBNIG, Ulrich: Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Diss. jur., Frankfurt a.M.; Arbeiten zur Rechtsvergleichung Heft 4, Frankfurt a.M. und Berlin, 1959.

6) ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen,
1. Halbband, 15. Aufl., 1959.
2. Halbband, 15. Aufl,, 1960.

7) EPPING: Die Aufwertungsrechtsprechung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs, DRiZ 1931/171-174.

8) ERMAN-WESTERMANN: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 2. Aufl., Münster/Westf., 1958.

9) FEINE, Hans-Erich: Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenwesens. Herausgegeben von Dr.Viktor Ehrenberg.
3. Band, III.Abt.: Die GmbH, Leipzig, 1929.

10) FLECHTHEIM, Julius: Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen, JW 1925/564 - 573.

11) FREESE, Bernhard: Haftungsprobleme der Einmann-GmbH, NJW 1956/283 - 285.

12) FRIEDLAENDER, Heinrich: Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1954.

13) GEILER, Karl: Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, Mannheim, Berlin und Leipzig, 1922.

14) v. GODIN-WILHELMI: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Berlin, 1950.

15) GÖLLER, A.: Aufrechnung gegen Forderungen von Reichsgesellschaften, BB 1950/489.

16) GRIEBEL, Hugo: Die Einmanngesellschaft, in: Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, herausgegeben v. Nußbaum, Heft 22, Berlin, 1933.

17) GUTBROD, W.: Aufrechnung mit Forderungen gegen das Reich, BB 1950/440 ff.

------ : Einbruch in das Gesellschaftsrecht? JR 1951/363 f.

18) HACHENBURG-SCHILLING: Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH, 6. Aufl., Berlin, 1956.

19) HAMBURGER, Georg: Die Organgesellschaft, in: Gedächtnisschrift für Emil Seckel, S.261-344, Berlin, 1927.

20) HAUßMANN, Fritz: Die Tochtergesellschaft, Berlin, 1923.

------ : Grundlegung des Rechts der Unternehmenzusammenfassungen, Mannheim, Leipzig und Berlin, 1926 (Grundlegung).

21) v. HOFMANNSTHAL, Emil: (Rezension von Hamburgers Schuldenhaftung), ZBl. 1932/434 f.

22) ISAY, Rudolf: Das Recht am Unternehmen, Berlin, 1910.

23) KEGEL, Gerhard: Rohstoff- und Rüstungskredite, JZ 1951 S. 385 ff.

24) KLANG: (Rezension von Rhode: Juristische Person und Treuhand), JBl 1933/42 f.

25) KRONSTEIN, Heinrich: Die abhängige juristische Person, München, Berlin und Leipzig, 1931.

26) KUHN, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, WM 1959/986 - 996.

---- : Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, WM 1961/898 - 906.

---- : Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiete des Aktienrechts, WM 1961/940 f.

27) LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München und Berlin, 1960.

28) LEHMANN, Heinrich: Zur Aufrechnung der Reichsgläubiger gegen Reichsgesellschaften, JZ 1952/289 - 293.

---- : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Aufl., Berlin, 1952.

29) LUDEWIG, Wilhelm: (Rezension von Rhode: Juristische Person und Treuhand) in Zentralblatt für die Juristische Praxis, 51. Bd., 1933, S.445-447.

30) MEISE, Agnes: Zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft, Berlin, 1935.

31) MÜLLER, Helmut: Aufrechnung mit Forderungen an das Reich gegen Forderungen von Reichsgesellschaften, NJW 1950/494.

---- : Reichsgesellschaft und Reichsgläubiger, MDR 1951/541.

---- : Zur Aufrechnung von Reichsgläubigern gegenüber Reichsgesellschaften, MDR 1952/722.

32) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram: Zur Lehre vom sog. Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, in: Archiv für civilistische Praxis, 156. Band, 1957, S. 522 - 543.

33) RASCH, Harold: Konzernrecht, Köln und Berlin, 1955.

34) RECKE: (Anmerkung zum U. d. OLG Hamburg vom 28.1.1952), NJW 1952/1217 ff.

35) Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung, Bonn, 1960.

36) REINHARDT, Rudolf: Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft, in:Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Bd., Berlin, Frankfurt und Tübingen, 1956, S. 576-593.

37) RHEINSTEIN, Max: (Rezension von Serick: Rechtsform und Realität ...) in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Begründet von Rabel, 1957, S.367-372.

38) RÖMER, Hans: Aufrechnung mit Forderungen gegenüber dem Reich, BB 1951/873.

39) ROSENDORFF, Richard: Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin und Wien, 1927.

40) SCHILLING, Wolfgang: Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, JZ 1953/161-167.

---- : Die Entwicklung des Gesellschaftsrechtes in der Deutschen Bundesrepublik, öJZ 1958/146 - 151.

41) SCHNITZER, Adolf: Vergleichende Rechtslehre, 2. Aufl., 2 Bände, Basel, 1961.

42) SCHOLZ, Franz: Kommentar zum GmbHGesetz, 2.Aufl., Köln, 1950.

43) SCHREIBER, Otto: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München, 1925.

44) SCHUMACHER, Kurt: Die Gleichstellung der GmbH mit ihren Gesellschaftern, JW 1937/2249 - 2254.

45) SERICK, Rolf: Rechtsform und Realität juristischer Personen, in: Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Nr. 26, Berlin und Tübingen, 1955,(Rechtsform).

---- : Zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, JZ 1956/198 - 206.

---- : Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen, in: Juristische Studiengesellschaft,Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 42, Karlsruhe, 1959.

46) SIEBEL, Ulf: Die "gefährliche" Einmanngesellschaft, JZ 1953/724 - 726.

47) SIEBER, E.H.: Reichsgesellschaften und Besatzungsmacht-Requisition oder Konfiskation? BB 1950/656.

48) SIEBERT, Wolfgang: Einmann-GmbH und Strohmanngründung, BB 1954/417 - 419.

49) SIEVEKING, Johannes: Währungsumstellung und Aufrechnung, insbesondere mit Forderungen gegen das Reich, NJW 1950/84.

---- : (Anm. zu einem Urteil des LG Hamburg), MDR 1950/610 ff.

---- : Aufrechnung mit Forderungen gegen das Reich, B 1951/656 - 658.

50) SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., Stuttgart, 1. Bd., 1959, 2. Bd., 1962.

51) VOGEL, Hermann: GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1956.

52) WEISBART: Aktiengesellschaft und Konzern, in: Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin und Leipzig, 1929, S. 419 - 546.

53) WIELAND, Karl: Handelsrecht, 2. Bd.: Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig, 1931.

54) v. WINTERFELD, Achim: Aufrechnung gegen Altforderungen, NJW 1947/48, S. 19 ff.

55) LIEBERKNECHT, Otfried: Die Enteignung deutscher Mitgliedschaftsrechte an ausländischen Gesellschaften mit in Deutschland belegenem Vermögen (II), NJW 1956/931 - 936.

B. ÖSTERREICH

1) EHRENZWEIG, Adolf: Die ausländische verstaatlichte Gesellschaft, JBl 1949/425 - 427.

2) EHRENZWEIG, Armin: System des österreichischen allgem. Privatrechts, 1. Bd., 1. Hälfte, Allgem. Teil, bearb. von Adolf Ehrenzweig, 2. Aufl., Wien, 1951.

3) GRÜNHUT, C.S.: Die GmbH nach österreichischem Recht, Wien, 1913, S. 91.

4) HÄMMERLE, Hermann: Handelsrecht, systematisch dargestellt, 2. Lieferung: Handelsgesellschaften, Graz, Wien und Köln, 1959.

5) LEWALD, Hans: Zur one man's company als Mittel zur Nationalisierung von Aktiengesellschaften im internationalen Privatrecht, JBl 1952/238 - 240.

6) MAYR, Robert: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Reichenberg, 1922.

7) RAUSCHER-KASTNER: Viertes, fünftes und sechstes Rückstellungsgesetz, Kommentar, Wien, 1949.

8) SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, in: Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Nr. 23, Berlin und Tübingen, 1956.

9) SCHNEIDER, Franz: Gedanken zur zivilrechtlichen Judikatur des OGH i. J. 1955 (SZ XXVIII) öJZ 1959/365 - 370.

10) STAUB-PISKO: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin, 1908.

11) UNGER, Joseph: System des österreichischen allgem. Privatrechts, 10. Kapitel: Von den juristischen Personen, 1. Bd., 3. Aufl., Leipzig, 1868.

C. SCHWEIZ

1) BINDSCHEDLER, L.: Das schweizerisch-ungarische Entschädigungsabkommen und die Rechtsstellung der Ausländer, sJZ 1950/285 - 287.

2) CURTI, Arthur: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin, 1930.

3) EGGER, August: Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 45, n.F. (1926), S. 1 - 43.

---- : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Bd.: Einleitung und Personenrecht, Zürich, 1930.

4) FEHR, Werner: Die Einmanngesellschaft nach schweizerischem Recht, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, n.F. 65. Heft, zugleich Diss. jur., Bern, 1931.

5) FRANKENBERG, Philipp: Die konzernmäßige Abhängigkeit, Zürich und Leipzig, zugleich Diss. jur., Zürich, 1937.

6) GUHL, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes, 5. Aufl., Zürich, 1956.

7) MADAY, Denis: Die sog. Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, n.F. 189. Heft, zugleich Diss. jur., Bern, 1941.

8) SCHNEEBELI, Max: Die Einmanngesellschaft (One Man Company), in: Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n.F., Heft 39, Aargau, zugleich Diss. jur., Zürich, 1934.

9) SCHÖNLE, Herbert: Die Einmann- und Strohmanngesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. jur., Freiburg i.Schw., 1957.

---- : Die Rechtsstellung des Alleingesellschafters einer Einmann-AG, Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Jahrg.32 (1960), S. 105 - 122.

10) SCHUCANY, E.: Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich, 1960.

11) SIEGWART, Alfred: Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburg i.Schw., 1936.

12) WEIß, Gottfried: Kommentar zum Schweizerischen ZGB, 5. Teil, OR, 3. Abt., 26. Titel: Die AG, 1. Lieferung, Bern, 1957.

13) ZINKE, Walter: Der Stimmrechtsausschluß des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollisionen nach schweizerischem und deutschem Recht; Diss. jur., Zürich, 1939.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AG	=	Aktiengesellschaft
AktG	=	dt. Aktiengesetz
B	=	Betrieb
BB	=	Betriebsberater
BG	=	Schweizerisches Bundesgericht
GH	=	Gerichtshalle
GmbHG	=	GmbH-Gesetz
öGmbHG	=	österreichisches GmbH-Gesetz
GenG	=	Genossenschaftsgesetz
GS	=	Gesetzessammlung
IN	=	Jurisdiktionsnorm v. 1.8.1895
JBl = öJBl	=	österreichische Juristische Blätter
öAZ	=	österreichische Anwaltszeitung
OGH	=	Oberster Gerichtshof
öJZ	=	österreichische Juristenzeitung
OR	=	Obligationenrecht
ORK	=	Oberste Rückstellungskommission
RG	=	Reichsgericht
RÜ	=	Heller-Rauscher: Die Rechtsprechung der Rückstellungskommissionen. Erste und neue Folge, Wien, 1949.
SAG	=	Schweizerische Aktiengesellschaft
sJZ	=	schweizerische Juristenzeitung
WM	=	Wertpapiermitteilungen
Z	=	Zentralblatt
ZE	=	Entscheidungen des kk OGH in Zivil- und Justizverwaltungssachen, neue Folge.

A. ALLGEMEINER TEIL

1. Kapitel: Das Thema

Als juristische Person bezeichnet man nach deutschem Privatrecht eine Reihe von Personenverbänden, im wesentlichen die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die eingetragene Genossenschaft, den rechtsfähigen Verein und die landesrechtlichen Gewerkschaften. Sie unterscheiden sich von den anderen Personenverbänden, etwa der offenen Handelsgesellschaft oder dem nichtrechtsfähigen Verein durch das Merkmal der Rechtsfähigkeit, d.h., sie können "als solche eigene Rechte und Pflichten haben" [1]. Dadurch wird ihre Rechtsstellung der vollen Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen angeglichen, während die andern Personenverbände höchstens mit einer beschränkten Selbständigkeit ausgestattet sind, etwa die oHG, die unter ihrer Firma auftreten kann (§ 124 HGB), oder der nichtrechtsfähige Verein, der passiv parteifähig ist (§ 50 Abs. 2 ZPO).

Wie jedoch der Umgang mit der juristischen Person gezeigt hat, ist gerade deren Rechtsfähigkeit bisweilen zu unlauteren Machenschaften durch die hinter ihr stehenden Menschen mißbraucht worden. So wurde zum Beispiel in einem vom RG entschiedenen Fall [2] versucht, mit Hilfe von Einmann-Gesellschaften den Satz "pacta sunt servanda" zu überspielen. In diesem Fall hatte eine Einmann-GmbH ein Filmtheater betrieben und in dieser Eigenschaft mit einem Dritten einen Reklamepachtvertrag geschlossen, der später lästig geworden ist. Der Alleingesellschafter löste die GmbH auf und

1) § 48 AktG.
2) RGZ 114/68 ff.

übertrug das Filmtheater einer neuen GmbH, die mit dem bisherigen Pächter keinen neuen Vertrag schloß. In einem solchen Fall ist die Grenze überschritten, innerhalb deren die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person anerkannt werden kann. Es erscheint nämlich ungerecht, den Vertrag mit der Auflösung der Einmann-GmbH erlöschen zu lassen, und es muß ein Weg gefunden werden, den Einmann-Gesellschafter, der die Auflösung der GmbH herbeigeführt hat, an den Vertrag zu binden oder doch die Folgen des Vertragsbruchs tragen zu lassen [3]. Es geht bei der Frage nach den Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen also darum, festzustellen, in welchen Fällen die Pflicht der juristischen Person gleichzeitig eine Pflicht der hinter ihr stehenden Personen, ihr Recht ein Recht dieser Personen nach sich zieht, also die Fälle aufzuspüren, in denen auf das "Substrat" der juristischen Person durchgegriffen werden muß. Hat man solche Fälle aufgespürt, dann müssen sie geordnet werden, dann miteinander verglichen und analysiert werden; kurz, der Durchgriff muß begründet werden. Mag die Begründung auch am einzelnen Fall entwickelt werden, so darf sie doch nicht so eng sein, um nur diese Falllösung zu rechtfertigen. Vielmehr muß, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, eine Begründung des Durchgriffs versucht werden, die für jeden Fall paßt. Es darf nur e i n Maßstab angelegt werden. Mit der einheitlichen Begründung wird sich eine einheitliche Lösungsmöglichkeit für künftige Fälle entwickeln lassen. Das ist die Aufgabe. Die Rechtsprechung hat für eine solche Untersuchung reichliches Material geliefert.

3) Dazu unten Seite 81 und Seite 101.

Im Schrifttum sind in jüngster Zeit wiederholt Versuche einer systematischen Klärung unternommen worden. Den umfassendsten Versuch hat Serick in seinem im Jahre 1955 erschienenen Buch "Rechtsform und Realität juristischer Personen" unternommen. Sein Versuch konnte bei der Fülle von Problemen noch nicht die endgültige systematische Klärung des Problems bringen. Er sollte nach den Worten Sericks auch nur ein Ansatzpunkt für spätere Lösungen sein [4]. Tatsächlich hat diese Arbeit Sericks die Diskussion über dieses Problem in Gang gebracht. Eine sichere und anerkannte systematische Erfassung ist bisher noch nicht geglückt. Zu einer Systematik möchte die vorliegende Arbeit einen Beitrag dadurch leisten, daß sie die jeweilige Interessenlage untersucht. Den Durchgriffsfällen ist nämlich gemeinsam, daß sich die Interessenlage gegenüber der vom Gesetzgeber vorausgesetzten und durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen bewerteten Interessenlage erkennbar verschoben hat. Von diesem Ausgangspunkt her will die Arbeit zu einer einheitlichen Begründung des Durchgriffs vorstoßen.

4) Rechtsform S. 220.

2. Kapitel: Abgrenzungen

Das Problem in seinem ganzen Umfang zu behandeln, würde den Rahmen dieser Schrift sprengen.

1. Deshalb müssen die Fragen ausscheiden, die Serick unter dem Begriff "Normanwendungsprobleme" [1] zusammenfaßt. Für diese Probleme lassen sich die Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen vom grundsätzlichen Standpunkt aus leichter bestimmen, wobei die Entscheidung im Einzelfall auch hier recht schwierig sein kann. Dies muß noch näher erläutert werden: Es geht bei den Normanwendungsproblemen um Fragen wie die, ob eine juristische Person beleidigt werden kann, ob sie Staatsangehörigkeit, Konfession besitzen kann, ob sie Träger von Urheberrechten sein kann u.ä. [2].
Serick grenzt diese Fälle von den sog. Mißbrauchsfällen, die hier untersucht werden sollen, wie folgt ab [3]: Um Normanwendungsprobleme handelt es sich, wenn Normen, die an sich auf Menschen zugeschnitten sind, auch auf juristische Personen angewendet werden sollen. Bei den sog. Mißbrauchsfällen sollen dagegen die Menschen getroffen werden, die sich unter Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person hinter dieser verbergen wollten. Wenn Serick folgerichtig für die Rechtfertigung des Durchgriffs nur bei den Normanwendungsproblemen den objektiven Zweck der angewandten Norm maßgebend sein lassen will, bei den Mißbrauchsproblemen dagegen den Rechtsbrecher, der

1) S. 119-190, 213-217.
2) Näheres bei Serick, S. 119 f, 213 ff.
3) S. 119.

die Rechtsform der juristischen Person schuldhaft mißbraucht, in die Schranken zurückverweisen will, so kann ihm hierbei nicht gefolgt werden. Es ist nämlich denkbar, daß auch bei den Mißbrauchsfällen allein der objektive Zweck der entgegenstehenden Norm zur Rechtfertigung des Durchgriffs genügt [4]. Ausnahmsweise erkennt das selbst Serick für gewisse korporationsrechtliche Normen [5] und solche Normen an, die von der tatsächlichen und nicht von der rechtlichen Personenverschiedenheit ausgehen [6]. Beitzke geht in seiner Rezension der Schrift Sericks mit Recht an jener Unterscheidung vorbei [7].

Eine Abgrenzung läßt sich nach folgenden Gesichtspunkten treffen: Beim Problemkreis der Normanwendung fragt man danach, wie sich die Rechtsfähigkeit juristischer Personen d e m U m f a n g nach von der Rechtsfähigkeit der Menschen unterscheidet. Bei dem unten zu behandelnden Problem geht es dagegen um die Frage, ob und wie sich die beiden Begriffe dem W i r k u n g s g r a d nach unterscheiden. Anders formuliert geht es bei den Normanwendungsproblemen um die Frage, w e l c h e Rechte und Pflichten eine juristische Person hat, bei dem Mißbrauchsproblem darum, ob sie diese Rechte und Pflichten auch in a l l e n Fällen hat. Die Unterscheidung hat wichtige praktische Folgen:

a) Es bedarf bei den Normanwendungsproblemen im Gegensatz zu den Durchgriffsproblemen keiner Berufung auf die Generalklauseln, z.B. auf Treu und Glauben, um die Nichtanwendung von Normen, die für natürliche Personen gelten, auf juristische Personen zu rechtfertigen. Vielmehr wird untersucht, ob die Anwendung

4) Dazu unten Kap. 4 und 5.
5) 2. Satz Sericks, S. 208.
6) 4. Satz Sericks, S. 217.
7) JZ 1956/40, hiergegen Serick JZ 1956/198 (204) Anm. 47.

der N o r m e n auf juristische Personen sinnvoll ist. Das Normanwendungsproblem rührt daher, daß es Normen gibt, die an Voraussetzungen anknüpfen, die sich aus den natürlichen Eigenschaften der Menschen ergeben, zum Beispiel aus der Verwandtschaft oder dem Alter, und deshalb auf juristische Personen nicht passen. Es geht also um die Anpassung des Rechts an die Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen [8]. Das Durchgriffsproblem dagegen liegt auf anderer Ebene und setzt voraus, daß die in Betracht kommende Norm auch auf juristische Personen anwendbar ist. Es knüpft an die vom Gesetzgeber beabsichtigte Wirkung an, den hinter der juristischen Person stehenden Menschen durch die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für die juristische Person eine stärkere Rechtsstellung zu verschaffen. Wächst nun im Einzelfall diese Rechtsmacht über die ihr vom Gesetzgeber zugedachte Rolle hinaus, so können mit ihrer Hilfe andere Vorschriften überspielt werden. Es muß dann entschieden werden, ob man zum Schutz dieser Vorschriften die Rechtsfähigkeit der juristischen Person zurückstellen oder ob man umgekehrt vorgehen muß. Diese Frage läßt sich nur unter Anwendung der Generalnormen, vor allem des Satzes von Treu und Glauben, beantworten.

8) Moderne Gesetze nehmen schon im Wortlaut darauf Rücksicht, so Art. 19 Abs. 3 GG: "Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind." Das schweizerische ZGB geht allgemein schon von einem Begriff der eingeschränkten Rechtsfähigkeit juristischer Personen aus, wenn es in § 53 bestimmt: "Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften der Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben." In dieser Formulierung ist freilich nur ein Teil des Normanwendungsproblems angesprochen.

b) Das Normanwendungsproblem geht vom typischen Tatbestand der juristischen Personen aus; die gefundenen Lösungen werden daher in der Regel für alle juristischen Personen, mindestens für einen bestimmten Typus der juristischen Personen (z.B. AG, GmbH) gültig sein, während bei dem hier zum Thema gesetzten Problem häufig die besondere Gestaltung des Einzelfalles den Ausschlag gibt.
c) Für Normanwendungsprobleme gibt es zwei Lösungsmöglichkeiten: entweder wird die Norm auf juristische Personen angewendet oder nicht. Tertium non datur. Die Lösung der Durchgriffsprobleme besteht darin, daß auf dem Weg über die Generalklauseln ein Interessenausgleich gesucht werden muß. Demzufolge ist es nicht ausgeschlossen, daß der Ausgleich auch auf einem andern Wege als durch Nichtanwendung einer bestimmten Norm erzielt wird.

2. Das Thema ist noch weiter in doppelter Richtung einzuschränken: Nicht untersucht werden die Fälle, die auf einem Konflikt mit Normen des S t e u e r r e c h t s beruhen; ferner soll die Rechtsfähigkeit von juristischen Personen des ö f f e n t l i c h e n Rechts nicht untersucht werden. Bei beiden Problemkreisen handelt es sich um Sondergebiete, die spezielle Untersuchungen nötig machen. Bei dem gegenwärtigen Problemstand kann es verantwortet werden, die beiden Rechtsgebiete auszuklammern, weil die Rechtsgebiete nicht allzu eng miteinander verzahnt sind und das Problem des Durchgriffs mindestens im Zivilrecht selbständig durchdacht wurde. So ist etwa die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise, die in der Rechtsprechung des RFH und des BFH eine erhebliche Rolle spielt [9]

9) Vgl. zu dieser Rechtsentwicklung Friedlaender, S. 183.

und sogar in einige Steuergesetze Eingang gefunden hat [10], auch in der privatrechtlichen Literatur und Rechtsprechung aufgetaucht, aber dort selbständig überwunden worden [11].

10) Z.B. § 5 der Reichsabgabeordnung vom 22.5.1931.

11) Vgl. dazu unten Kapitel 4, insbes. Buchst. A,a, 3 (S. 19) und E, 2a (S. 54). Das Problem des Durchgriffs im Steuerrecht behandelt die Heidelberger Dissertation von Otto Wilser "Durchgriff auf das Substrat der juristischen Personen im Steuerrecht" 1958.

3. Kapitel: Bemerkungen zur Rechtsvergleichung

Die Frage nach den Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen wird nicht nur in Deutschland gestellt. Serick weist das für die amerikanische Rechtsprechung nach. Die vorliegende Arbeit will die einschlägige Literatur von Österreich und der Schweiz untersuchen. In der Schweiz findet sich - im Gegensatz zu Österreich - eine reichhaltige Literatur zum Durchgriffsproblem.

Die Ergebnisse der ausländischen Forschung können jedoch nicht unbesehen herangezogen werden, denn die ausländischen Schriftsteller befassen sich in erster Linie mit dem Recht ihrer Heimatstaaten. Die Rechtsbegriffe, die sie verwenden, müssen aus der Rechtsordnung ihres Heimatstaates erläutert werden. Daher muß erst geprüft werden, ob die Rechtsbegriffe des betreffenden Landes mit den entsprechenden Begriffen des deutschen Rechts übereinstimmen, ehe man sich auf das Ergebnis einer ausländischen Arbeit stützen kann. Deshalb sollen zunächst einige im Zusammenhang besonders wichtige Rechtsbegriffe rechtsvergleichend untersucht werden, um einen Maßstab für die Auswertung der ausländischen Literatur zu erlangen. Danach wird man in der Lage sein, Verschiedenheiten der gesetzlichen Regelungen, die zwar für den einzelnen Fall, nicht aber grundsätzlich von Bedeutung sind, jeweils von Fall zu Fall zu erörtern.

Die Literatur hält die inhaltlichen Abweichungen, die die entsprechenden Rechtsbegriffe im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht aufweisen, für unwesentlich. Das zeigt sich daran, daß das Schrifttum [1]

1) Besonders deutlich bei Schneebeli: Die Einmanngesellschaft, aber auch bei Egger, Schranken der Majoritätsherrschaft, S. 19, 26, 39 u.a. und bei Drobnig, S. 65.

und die Rechtsprechung oberster Gerichte [2] die grundsätzlichen Rechtsbegriffe gar nicht mehr ausdrücklich rechtsvergleichend würdigen, sondern mit der rechtsvergleichenden Betrachtung bereits bei ganz speziellen Einzelfragen einsetzt.

1. In erster Linie sind die Begriffe der Rechtsfähigkeit und der juristischen Person rechtsvergleichend zu untersuchen.
Nach den §§11 Abs. 2 und 53 des schweizerischen ZGB ist Rechtsfähigkeit die Fähigkeit "in den Schranken der Rechtsordnung" Rechte und Pflichten zu haben [3]. Von entsprechenden Begriffen gehen die §§ 16 ff und 26 des österreichischen ABGB aus [4]. Dasselbe versteht man, wie schon im 1. Kapitel dargetan, in Deutschland unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit. Es kann also von einem einheitlichen Begriff der Rechtsfähigkeit in den drei Ländern ausgegangen werden [5]. Ähnlich steht es mit dem Begriff der juristischen Person. In Österreich und in der Schweiz versteht man wie in Deutschland darunter solche Personenverbände, die eigene Rechtsfähigkeit besitzen, d.h. selbständig

2) Z.B. der öOGH, U. v. 5.12.1922, Rspr. 1923/187, das schweizerische BG, U. v. 19.3.1946, BGE 72 II 275 (285).

3) Dabei ist die Rechtsfähigkeit juristischer Personen dem Umfang nach durch § 53 ZGB beschränkt auf solche Rechte und Pflichten "die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen wie Geschlacht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben".
Vgl. oben Kap. 2 Anm. 8.

4) "Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben." (§ 18 ABGB).

5) Vgl. Schnitzer, S. 472 ff und die einschlägigen Kommentare und Lehrbücher z.B. Enneccerus-Nipperdey, Allgemein.Teil, S. 623; Egger, I zu Art. 53; Klang, Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., 1948, § 18 B.

Rechte und Pflichten haben können [6].

2. Nunmehr sollen noch die beiden wichtigsten Typen der juristischen Person, nämlich die AG und die GmbH rechtsvergleichend untersucht werden. Das geltende schweizerische Aktienrecht wurde im Jahre 1937 in den §§ 620 - 763 OR neu geregelt. Wie die nachfolgende Untersuchung zeigen wird, stimmt es in den Grundzügen mit dem deutschen Aktienrecht überein, weist aber einige wichtige Unterschiede auf.
Wie bei der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht tritt die Rechtsfähigkeit der schweizerischen Aktiengesellschaft mit der Eintragung ins Handelsregister ein (OR 643). Auch im schweizerischen Aktienrecht gibt es eingehende Vorschriften gegen schwindlerische Gründungen und eine besondere Gründerhaftung in OR 752/3. Zum Schutz des Aktienkapitals (dessen Mindestgrenze mit 50 000 sfr. (OR 621) niedriger ist als in Deutschland: 100 000 DM) dienen die Vorschriften der §§ 680 Abs. 2, 681, 682 und 687 OR, wobei den Aktionär eine Zinspflicht und eine Ausfallhaftung nach § 682 Abs. 3 trifft. Verboten ist

6) Vgl. die §§ 53 ZGB, 26 ABGB, 61 öGmbHG, OR 783 i.V. m. ZGB 53 u.a. Vgl. die einschlägigen Kommentare und oben Anm. 5).
§ 26 ABGB verwendet noch den älteren, synonymen Begriff "moralische Personen", dazu Wolff-Klang § 26, 27 III.
Eine vielbeachtete Ausnahme von der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen ergibt sich aus § 4 des österreichischen Bankhaftungsgesetzes (vom 2.7.1924, BGBl. Nr. 284), wonach in bestimmtem Rahmen eine Haftung der Großaktionäre für Gesellschaftsschulden besteht. Vgl. dazu u.a. Johannes Fuchs öAZ 1930/87.

grundsätzlich wie in Deutschland der Erwerb eigener Aktien (OR 659). Die Neuerung des deutschen Aktiengesetzes von 1937, das dieses Verbot auf abhängige Gesellschaften erstreckt (vgl. §§ 15, 51 Abs. 2, 65 Abs. 5 AktG), findet sich im schweizerischen Recht noch nicht. Vielmehr bleibt die Klärung der Frage, in welchem Umfang das Verbot des OR 659 auf abhängige juristische Personen zu erstrecken ist, der Rechtsprechung und Literatur überlassen. Wie in Deutschland gibt es nur wenige Stimmrechtsbeschränkungen; auch hier fehlen für das schweizerische Recht Bestimmungen, die die Stimmverbote auf abhängige Gesellschaften ausdehen (vgl. z.B. § 114 Abs. 6 AktG). Der Verwaltungsrat, der dem Vorstand bei deutschen Aktiengesellschaften entspricht, muß nach OR 707 Aktionär der Gesellschaft sein und kann statutarisch zur Hinterlegung seiner Aktien verpflichtet werden. Mindestens e i n Verwaltungsratsmitglied muß Schweizerbürger sein (OR 711). Diese beiden Bestimmungen sind für die Struktur der schweizerischen Einmanngesellschaft wichtig. Schliesslich ist die Vertretungsmacht der Verwaltung nach schweizerischem Recht durch den Zweck der Gesellschaft begrenzt (OR 718), während die Vertretungsmacht des Vorstandes einer deutschen AG unbeschränkt ist. Die Stellung der Kontrollstelle der schweizerischen AG ist bedeutend schwächer als die Stellung des deutschen Aufsichtsrates [7]. Zusammenfassend ist zu sagen, daß die schweizerische AG im wesentlichen der deutschen gleicht; freilich gibt es im einzelnen wichtige Abweichungen. In Österreich wurde im Jahre 1938 das deutsche Aktiengesetz 1937

7) Vgl. im übrigen Schnitzer, S. 678 ff.

übernommen. Es gilt im wesentlichen dasselbe Aktienrecht wie bei uns [8]. Unterschiede ergeben sich aus den inzwischen ergangenen Novellen, besonders zum deutschen Aktiengesetz, die für unser Problem nicht von Belang sind.

Die GmbH wurde in Österreich durch das Gesetz vom 6. 3. 1906 [9] eingeführt, in der Schweiz erst mit Wirkung vom 1. 7. 1937.
Das österreichische GmbHG ist umfangreicher als sein deutsches Vorbild. Es hat die Struktur der GmbH gegenüber dem deutschen Recht nicht wesentlich verändert. Es hat jedoch vor allem die Rechte der Minderheit verbessert [10]. So kann eine Minderheit, die 10 % des Stammkapitals besitzt, Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht geltend machen (§ 48 öGmbHG). Über die Generalversammlungsbeschlüsse und schriftlich gefaßten Beschlüsse muß ein Protokollbuch geführt werden, ferner muß jeder Gesellschafter abschriftliche Mitteilungen über den Inhalt der Beschlüsse erhalten (§ 40 öGmbHG). Die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zustimmung zur Übertragung

8) Trotz des Wortlautes gilt anders als in Deutschland für die AG österreichischen Rechts praktisch das Konzessionssystem, da nach der VO über den Kapitalverkehr vom 12.6.1941 RGBl. I, S. 328 (DVO vom 9.8.1941, RGBl. I, S. 513) die Ausgabe von Aktien oder Gesellschaftsanteilen genehmigungspflichtig ist, wenn das Gesellschaftskapital den Betrag von S 500 000 erreicht oder um diesen Betrag erhöht wird.

9) RGBl. Nr. 58.

10) Vgl. zu folgendem die teilweise veraltete Darstellung von Grünhut, S. 91.

des Geschäftsanteils kann durch Richterspruch ersetzt werden (§ 77 öGmbHG). Einschneidender ist die Bestimmung, daß für große Gesellschaften mit einem Stammkapital von über 1 Million S ein Aufsichtsrat bestellt werden muß und bei Gesellschaften ohne Aufsichtsrat die Gesellschafter weitergehende Informationsrechte haben (§ 22 Abs. 4 öGmbHG). Der Zweck dieser Vorschrift ist freilich großenteils für die deutsche GmbH ebenfalls erreicht, da § 77 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes [11] für G'en mbH, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, obligatorisch die Bildung eines Aufsichtsrates vorschreibt. Dagegen ist in dem schweizerischen Recht der GmbH der Trend zu einer mehr personalistisch gestalteten GmbH erkennbar. Das zeigt sich in OR 791 Abs. 2 und 3, wonach die Übertragung eines Gesellschaftsanteils an die Zustimmung von drei Viertel der Gesellschafter, die zugleich drei Viertel des Grundkapitals repräsentieren, gebunden ist. Anders als im deutschen und österreichischen Recht kann die schweizerische GmbH nur für wirtschaftliche Zwecke gegründet werden (OR 772 Abs. 3). Ferner ist hervorzuheben, daß der schweizerische Gesetzgeber in OR 802 ausdrücklich eine subsidiäre Haftung des Gesellschafters bis zur Höhe des Stammkapitals gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger vorschreibt. Das deutsche und österreichische GmbHG kennen eine solche Vorschrift nicht. Statt einer Deckungspflicht für die Einlagen der anderen

11) Vom 11.10.1952, BGBl. I, S. 681.

Gesellschafter [12] sieht OR 802 Abs. 3 einen internen Rückgriff auf die Mitgesellschafter vor. Der Geschäftsführer einer schweizerischen GmbH braucht anders als der Verwaltungsrat der AG nicht zugleich Gesellschafter zu sein [13].

3. Die rechtsvergleichende Betrachtung hat gezeigt, daß die untersuchten Gesellschaftstypen in den drei Ländern in ihren Hauptzügen übereinstimmen. Die Unterschiede bewegen sich in solchen Größenordnungen, daß sie innerhalb der einzelnen Fallgruppen untersucht werden können, also z.B. bei den Durchgriffsfällen im Rahmen der Bestimmungen über die Beschränkung des Stimmrechts. Freilich wird dabei stets zu prüfen sein, ob die Lösung, die ein Problem im fremden Recht gefunden hat, nicht darauf beruht, daß der Gesetzgeber die Kräfteverhältnisse zwischen den Beteiligten - vielleicht nur in Nuancen - anders geregelt hat als der deutsche Gesetzgeber.

12) §§ 24 dt. GmbHG und 70 öGmbHG.

13) Vgl. im übrigen Schnitzer, S. 684 ff.

4. Kapitel: Die Behandlung des Durchgriffs in der deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechtsprechung und Lehre

In den vorigen Kapiteln sollte gezeigt werden, daß es bei den Durchgriffsfällen um ein einheitliches Problem geht, nämlich darum, die Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen mit der Wirkung festzustellen, daß im Einzelfall auf das Substrat der juristischen Person, nämlich die hinter ihr stehenden Menschen durchgegriffen werden kann [1].
Jetzt soll untersucht werden, welche Versuche bisher zur Lösung dieses Problems gemacht worden sind. In der Auseinandersetzung mit diesen Versuchen soll ein eigener Weg zur Lösung des Durchgriffsproblems versucht werden, dem dann nicht mehr das Odium eines zufälligen und unberechenbaren Ergebnisses anhaftet.

Zur besseren Übersicht wird die Untersuchung nach Ländern und nach wichtigen Zeitabschnitten gegliedert; andererseits wird darauf zu achten sein, daß innerhalb dieser Grenzen die einzelnen Auffassungen im Zusammenhang dargestellt und geprüft werden.

A. Die Rechtsprechung in Deutschland bis 1945

a) Das Reichsgericht hat dem Durchgriff mit unterschiedlicher Begründung stattgegeben:

(1) Am kürzesten ist die Begründung in den Entscheidungen vom 28.1.1901 und vom 18.1.1924 [2].

1) So Serick, Rechtsform, S. 5.
2) RG Recht 1905/168 u. RGZ 108/41 ff.

In beiden Fällen sagt das RG, daß das Vermögen der Gesellschaft "in Wahrheit" Vermögen ihrer Gesellschafter sei. Im ersten Fall hielt das RG einen Arrest in das Gesellschaftsvermögen zur Sicherung einer persönlichen Schuld des Alleingesellschafters für gerechtfertigt. Im andern Fall, im sog. Fall Neustassfurt [3], erstreckte das RG das für die Aktiengesellschaft bestehende Verbot, eigene Aktien zu erwerben, auch auf zwei Gewerkschaften, deren Anteile fast vollständig im Besitz einer AG waren und die Aktien dieser AG erwerben wollten. Eine Begründung konnte das RG in dieser frühen Entscheidung dem Durchgriff noch nicht geben. Aus der Entscheidung folgt also nur, daß das RG in Ausnahmefällen einen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Personen gestattet hat.

(2) Mehr kann auch nicht aus der Entscheidung des RG vom 22.6.1920 [4] gefolgert werden: "Der Richter hat aber vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen". Mit dieser Formel ist keine Begründung des Durchgriffs gegeben. Ähnlich unergiebige Formeln finden sich in den Urteilen vom 19.5.1930 [5] und 17.4.1939 [6].

3) Ausdruck nach Serick, Rechtsform, S. 106.

4) RGZ 99, 232 (234).

5) RGZ 129/51 (54), wonach ein Durchgriff ausnahmsweise gestattet ist, "wenn die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die juristische Konstruktion hintanzusetzen".

6) DR (Ausgabe A) 1939/1083 f: "Da wo wichtige Umstände hinzukommen, die die Ausnützung der formalen Verschiedenheit des Einmann-Aktionärs von seiner Gesellschaft als dem herrschenden Volksbewußtsein widersprechend erscheinen lassen, können die rechtlichen Folgerungen aus der Verschiedenheit nicht bis zum letzten gezogen werden".

(3) Die Mehrzahl der Entscheidungen des RG enthält jedoch eine Begründung des Durchgriffs. In den meisten Fällen versucht das Gericht, über die Auslegung der betreffenden Norm zu einem Durchgriff zu gelangen:
(a) So versucht das RG im Beschluß vom 28.4.1882 [7] die Frage, ob ein Vereinsmitglied Richter im Vereinsprozeß sein kann, durch Auslegung des § 41 Abs. 1 ZPO zu lösen und prüft, ob diese Vorschrift eine unmittelbare Mitberechtigung voraussetzt, oder ob sie auf andere Merkmale als die rechtliche Verschiedenheit abhebt. Das RG entscheidet sich dann für die erstgenannte Alternative und gibt dem Durchgriff nicht statt. In einer späteren Entscheidung [8] ermittelt es durch Auslegung der Bestimmungen des Reichssiedlungsgesetzes [9], ob der Verkauf aller Anteile einer GmbH, die ein Grundstück besitzt, das Vorkaufsrecht nach dem RSiedG auslöst. Es verneint die Frage. Schließlich prüft es [10] durch Auslegung des Abzahlungsgesetzes [11], ob dessen Bestimmungen auf den Fall anzuwenden sind, daß eine Tochtergesellschaft der Verkäuferin dem Käufer ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises zur Begleichung der Kaufpreisschuld gibt, und der Käufer das Darlehen ratenweise an die Tochtergesellschaft zurückzuzahlen hat. Es bejaht die Anwendbarkeit im Hinblick auf § 6 AbzG.

Bisweilen hat das RG bei der Auslegung der Norm neue Kriterien aus Inhalt und Zweck der Norm abgeleitet. So hat das RG wiederholt [12] festgestellt, daß die §§ 892 BGB, 20 AufwG [13] nur bei einem echten

7) RGZ 7/311.
8) RGZ 104/42 ff.
9) vom 11.8.1919 (RGBl. S. 1431).
10) RGZ 131/123 ff.
11) Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16.5.1894 (RGBl. S. 450).
12) Z.B. in JW 1929/1387 u. HRR 31 Nr. 1047. Näheres unten Kap. 8.
13) Aufwertungsgesetz v. 16.7.1925 (RGBl. S. 117 ff).

"Verkehrsgeschäft" angewendet werden könnten. Ein solches fehle, wenn dieselben natürlichen Personen Veräußerer und Erwerber des Grundstücks seien, auch wenn sie auf der einen Seite nur als Mitglieder einer juristischen Person in Erscheinung getreten seien. In zahlreichen andern Fällen, z.B. im Urteil vom 9.3.1928[14] hat es die Frage geprüft, ob der Veräußerer aller Anteile einer Grundstücks-GmbH dem Erwerber gegenüber ohne besondere Abrede die Gewährleistung für die Lastenfreiheit des Grundstücks übernehmen muß. Das RG hat die Anwendbarkeit der Sachmängelvorschriften bejaht, ohne daß es auf die "besondere Willensbildung der Vertragsschließenden" ankomme, da sich eine Verkehranschauung über diese Frage gebildet habe [15]. Bisweilen hat sich in die Auslegung auch die bedenkliche "wirtschaftliche Betrachtungsweise", der wir noch öfters begegnen werden, eingeschlichen. So stellt das KG in einem Durchgriffsfall aus dem Aufwertungsrecht [16] fest , daß die §§ 892 BGB, 20 AufwG wirtschaftlichen und nicht formal-juristischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Das bayerische ObLG hat in einem anders gelagerten Aufwertungsfall bei der Veräußerung aller Anteile einer Grundstücksgesellschaft auf den wirtschaftlichen Erfolg der Veräußerung abgestellt [17].

14) RGZ 120/183 (187).

15) Dabei hat es m.E. zu Unrecht den Satz des § 242 BGB "nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" einseitig durch Überbetonung der Verkehrssitte ausgelegt; s. unten Kap. 8.

16) JW 1927/1431.

17) B. v. 8.7.1926, JW 1926/2377. Das RG selbst hebt in RGZ 122/7 (10) hervor, daß bei jeder einzelnen Norm zu untersuchen sei, ob sie wirtschaftliche Erwägungen in den Vordergrund stelle oder ob andere Gründe, vorwiegend solche der Rechtssicherheit, ausschlaggebend seien. Enger auf die zu prüfende Norm begrenzt RG HRR 1930, Nr. 1341: entscheidend sind rechtliche und nicht wirtschaftliche Gesichtspunkte.

(b) Es gibt Entscheidungen des RG und des KG, in denen der Durchgriff nicht schon durch Interpretation der Norm gerechtfertigt wird, sondern in denen noch zusätzlich geprüft wird, ob eine Umgehung der Norm vorliegt. Das RG hat in der Entscheidung vom 22.1.1935 [18] diese beiden Wege dahin gegeneinander abgegrenzt, daß ein Umgehungsdurchgriff nur dann in Frage komme, wenn ein Durchgriff durch Normauslegung deshalb nicht mehr möglich ist, weil die Norm nicht unmittelbar angewendet werden kann. In RGZ 100/210 stellt es ergänzend fest, daß der Umgehungsdurchgriff nur dann gestattet sei, wenn die Norm den mit der Umgehung erstrebten Erfolg mißbillige; sonst läge eine Entwicklung praeter legem und nicht contra legem vor [19]. Ob man diese Unterscheidung zwischen Auslegung und Umgehungsdurchgriff zur Lösung braucht, mag bezweifelt werden, da in der Praxis eine Grenze schwer zu ziehen sein wird.

Das RG hat in der Entscheidung vom 20.3.1926 [20], bei der es um die Frage ging, ob die Veräußerung aller Kuxe einer bergrechtlichen Gewerkschaft, die Eigentümerin eines Rittergutes war, nach der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15.3. 1918 [21] genehmigungspflichtig war, folgendes Schema verwendet:
Zunächst stellt es durch Interpretation der Norm fest, daß nach deren Sinn und Zweck Umgehungen verboten seien. Dann folgt die weitere Feststellung, daß die Parteien bewußt die Norm umgangen hätten. Daraufhin kommt es zum Durchgriff. Ähnlich geht das KG in der Entscheidung vom 9.5.1905 [22] vor. Bemerkenswert erscheint, daß

18) RGZ 146/385 (393 ff).
19) Ähnlich schon RGZ 85/380 (383).
20) JW 1926/1664.
21) RGBl. S. 123.
22) KGJ 31 A 184 (187).

nach Ansicht des KG eine Gesetzesumgehung offenbar keine Umgehungsabsicht bzw. kein Umgehungsbewußtsein voraussetzt. Die Rechtsprechung dieses Zeitraums hat keine Klärung der Frage gebracht, ob die Gesetzesumgehung ein subjektives Element zur Voraussetzung hat. Das KG neigt mehr zu einer Verneinung, das RG mehr zu einer Bejahung der Frage [23].

(c) Die Rechtsprechung hat Fälle zu entscheiden gehabt, bei denen bereits die Einhaltung einer v e r t r a g l i c h e n Pflicht einen Durchgriff erforderlich machte. Hierzu sind zwei Urteile des RG bekannt, wobei in beiden Fällen der Prüfungsweg für eine Durchgriffsmöglichkeit nicht besonders gut zu erkennen ist. In dem Fall, der der Entscheidung vom 26.5.1922 [24] zugrunde lag, hatte sich eine Einmanngesellschaft bei der Gründung einer AG statutarisch verpflichtet, gewisse Warenzeichen als Einlage in die AG einzubringen. Die Warenzeichen waren jedoch nicht auf die Firma der Einmann-GmbH, sondern auf den Namen ihres alleinigen

23) Das KG spricht in der Entscheidung in JW 1924/1535 ff zur Frage der Zulässigkeit des Kaufs eines Aktienmantels lediglich von "Mißbrauch", wobei es offenbar auch nur von einem objektiven Tatbestand ausgeht. In der Entscheidung vom 7.10.1926 (JW 1927/2578) nimmt es ausdrücklich Stellung. Es ging um die Frage, ob der Erwerb von Anteilen durch einen Minderjährigen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 BGB bedürfe. Das KG führt aus: "Eine Unterscheidung zwischen Fällen wissentlicher Umgehung und andern Fällen entbehrt des inneren Grundes, denn entscheidend ist allein der Gesichtspunkt des ausreichenden Schutzes des Minderjährigen". Wohl ebenso KG JW 1924 S. 1535 ff, wo sich das KG des Bildes bedient, daß der Verkauf eines sog. Aktienmantels (dazu unten Kapitel 8) den unzulässigen Verkauf einer leeren Hülse darstelle. Das RG hat in dem Urteil vom 20.3.1926 (JW 1926/1664) Indizien für eine Umgehungsabsicht festgestellt. In späteren Entscheidungen hat es die Einrede der Arglist bei Umgehungen gewährt und § 826 BGB angewendet; also ebenfalls subjektive Tatbestandselemente geprüft (z.B. DJ 1938/601 (603)).

24) JW 22/1520 f.

Gesellschafters und Geschäftsführers eingetragen. Dieser hatte früher als Organ der Gesellschaft die Erfüllung der Einlage zugesagt und weigerte sich jetzt, unter Berufung auf die Veränderung der Rechtslage diese in eigener Person einzubringen. Das RG entschied, es gehe nicht an, den Willen des Einmann-Gesellschafters und der Gesellschafterversammlung seiner GmbH gleichzustelllen, da es sich bei der Einmann-GmbH und ihrem alleinigen Gesellschafter um völlig selbständige Rechtssubjekte handle. Diese Entscheidung zeigt, daß das RG jeweils nur in Einzelfällen einen Durchgriff durch d i e R e c h t s f o r m der juristischen Person gestattet hat, in allen andern Fällen grundsätzlich von der völligen rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Personen ausging. Das gilt auch für die Entscheidung vom 14.11.1933 [25]. Hier ging es um die Frage, ob ein vertragliches Wettbewerbsverbot des Mehrheitsaktionärs einer AG auch für die AG gelten muß. Das RG anerkannte für den (hypothetischen) Fall, daß die AG eine Gründung zur Umgehung der Wettbewerbsverpflichtungen sei, eine Schadensersatzpflicht des Einmann-Gesellschafts aus § 826 BGB.

B. Die spätere Rechtsprechung, besonders des BGH bis 1955

In einigen Entscheidungen hat die Rechtsprechung nach 1945 lediglich auf die Ergebnisse des RG Bezug genommen, ohne den Voraussetzungen eines Durchgriffs weitere Ausführungen zu widmen, so z.B. der BGH in der Entscheidung vom 13.2.1952 [26] bei der Behandlung der Frage, ob ein vertragliches Wettbewerbsverbot einer Gesellschaft auf deren Gesellschafter und Geschäftsführer erstreckt werden muß.Das OLG Hamburg [27]

25) RGZ 142/219 ff.
26) BGHZ 5/133 (136).
27) Urteil vom 30.7.1952, MDR 1953/49 ff.

hat die Rechtsprechung des RG über die Sachmängelhaftung bei der Veräußerung aller Anteile einer juristischen Person übernommen. Schließlich hat sich der BGH dem RG in der Frage der Auslegung des AbzG bei gekoppelten Kauf- und Darlehensverträgen angeschlossen [28].

Interessanter ist die Rechtsprechung dieser Jahre zu dem Problem der Aufrechnung gegen Forderungen von Reichsgesellschaften. Es handelt sich darum, daß die Gerichte den Schuldnern von sog. Reichsgesellschaften[29] die Möglichkeit eröffneten, gegen deren Forderungen in gewissen Fällen mit Forderungen aufzurechnen, die sie ihrerseits gegen das Reich hatten, wobei eine einseitige Aufrechnung nur möglich ist, wenn die Forderungen "gegenseitig" sind, wenn also das Reich und die Reichsgesellschaft als e i n e Person angesehen werden können. Der BGH hat durch Hervorhebung einzelner Merkmale versucht, typisierend darzustellen, wann eine Reichsgesellschaft vom Reich nicht mehr unterschieden zu werden braucht [30]. Freilich ist diese Rechtsprechung deshalb problematisch, weil sich der BGH nicht damit begnügt, das in § 387 BGB aufgestellte Erfordernis der Gegenseitigkeit auszulegen, sondern zusätzlich fordert, daß die Gegenforderung in einer besonders engen Beziehung zum Tätigkeitsgebiet der Gläubiger stehe [31], daß also eine Art Konnexität der Forderungen bestehe.

28) Urteil vom 27.3.1952, L-M Nr. 2 zu § 6 AbzG; das Problem wurde oben S. 18 f gezeigt.

29) Begriff und Einzelheiten des Problems siehe unten Kapitel 7.

30) So vor allem in der Entscheidung vom 30.1.1951, BGHZ 3/316 und in den beiden Entscheidungen vom 3.7.1953 (1 ZR 216/52-BGHZ 10/205 und 1 ZR 217/52 - B 1953/779); angewandt in der Entscheidung vom 8.10.1954, BGHZ 15/27 ff.

31) So in BGH B 1953/779.

Er vermischt dadurch das gesellschaftsrechtliche Problem der Gleichsetzung von Reich und Reichsgesellschaften mit einem Problem aus dem Aufrechnungsrecht [32].

Überblickt man die deutsche Rechtsprechung bis 1955, so ergibt sich, daß die Gerichte in der Mehrzahl ihrer Entscheidungen einen Ansatzpunkt für den Durchgriff gesucht und entwickelt haben und nicht, wie ihre Kritiker bisweilen behaupten [33], lediglich auf Grund von Billigkeitserwägungen entschieden haben. Die Gerichte waren in dieser Zeit freilich noch weit davon entfernt, durch den Vergleich der verschiedenen Durchgriffsfälle einen sicheren Ausgangspunkt für den Durchgriff zu erarbeiten. Das zeigt am besten die Gegenüberstellung einiger RG-Entscheidungen: In der Entscheidung vom 14.11.1933 [34] stellt das RG fest, daß ein Durchgriff nur dann möglich sei, wenn die Umgehung eines Verbotes durch die Gründung einer Tochtergesellschaft beabsichtigt würde. In zahlreichen anderen Entscheidungen gestattete das RG den Durchgriff unter wesentlich weiteren Voraussetzungen [35]. Ein einheitlicher Ansatzpunkt wurde erstmals von Serick in "Rechtsform und Realität juristischer Personen" 1956 entwickelt. Dazu später.

32) Das deutet schon Lehmann in JZ 1952/289 (293 a.E.) und Reinhardt, Festschrift 1956/576 (588) an.

33) Serick, Rechtsform S. 13 Anm. 3, Reinhardt, Festschrift S. 579, Schönle, SAG 1960, S. 107 f, anders schon Siebert, BB 54/417 f, der sich auf RGZ 169/240 (248) beruft.

34) RGZ 142/219 ff mit Anm. von Lehmann (JW 1934/158), der die Prüfungsweise des RG als zu eng kritisiert.

35) Siehe die oben zu a) geschilderten Fälle, besonders deutlich RGZ 146/385 (393 f), RGZ 142/219 ff.

C. Die Stellungnahme der Literatur bis 1955

1. Ein Teil der Äußerungen - es sind vor allem Urteilsanmerkungen - steht sachlich im engen Bezug zu der Rechtsprechung.

So kritisiert Flechtheim in einer Anmerkung des schon erwähnten Urteils des RG im Fall Neustassfurt [36], daß das RG das Problem nicht grundsätzlich, sondern für den Einzelfall nach der Einheitlichkeitstheorie löse. Roth meint in einer Anmerkung zu dem bereits erwähnten Urteil des RG (RGZ 120/283 ff), daß eine wirtschaftliche Betrachtungsweise unter Abweichung von der Konstruktion des Gesetzes Rechtsunsicherheit hervorrufen würde [37], während Fuchs zu demselben Urteil anmerkt [38], daß das RG zutreffend den Durchgriff mit der Gerechtigkeit des Einzelfalles begründet habe. Diese letztgenannte Ansicht ist freilich, wie schon früher festgestellt [39], unergiebig. Besondere Beachtung verdient die Anmerkung Lehmanns zu dem Urteil des RG vom 14.11.1933 [40], der einen Durchgriff dann für möglich hält, wenn durch die Einschaltung der juristischen Person der Zweck einer Verbindlichkeit vereitelt würde.

2. In einer ganzen Reihe von Untersuchungen hat sich die Literatur mit der Rechtfertigung und mit den Voraussetzungen eines Durchgriffs befaßt:

36) Urteil vom 18.1.1924, RGZ 108/41, siehe oben S. 17.

37) JW 1928/1392 ff, RGZ 108/41 ff.

38) JW 1928/1584.

39) Siehe oben S. 17 f.

40) RGZ 142/219 ff, Anm. in JW 1934/158, vgl. oben Anm. 34.

a. Die Verfasser gingen überwiegend davon aus, daß für die Lösung des Durchgriffsproblems nichts aus dem früher so heftig umstrittenen "Wesen der juristischen Person" [41], sondern alles aus deren gesetzlicher Ausgestaltung gefolgert werden müsse. "Denn die Rechtsordnung", so führt Schreiber aus [42], "bestimmt ihren Inhalt souverän, ohne Bindung an die theoretische Grundlage". Friedlaender [43] stellt fest, daß die juristische Person nichts Absolutes sei. Rasch [44] erklärt den Begriff der juristischen Person für einen Zweckbegriff, im wesentlichen ein technisches Mittel, die Haftung der Gesellschafter zu beschränken; er prüft jeweils für die in Betracht kommende Interessenlage, ob es angemessen ist, zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu unterscheiden, oder umgekehrt von ihrer Identität auszugehen. Andeutungen in dieser Richtung finden sich bei Schumacher [45], Kronstein [46] und mit Einschränkungen auch bei Feine [47]. Danach ist es freilich ausgeschlossen, wie Feine in seiner

41) Zu den Theorien über das Wesen der juristischen Person siehe Enneccerus-Nipperdey, § 103 I Anm. 2.

42) S. 13.

43) S. 41.

44) S. 293.

45) JW 1937/2249 rechte Spalte; die Ausgestaltung der GmbH als juristische Person ist ein technisches Hilfsmittel für die Haftungsbeschränkung.

46) S. 60: Der Begriff der abhängigen juristischen Person ist ein gleitender Begriff.

47) S. 51; er will die Frage nach der Rechtsfähigkeit der juristischen Person in erster Linie durch eine Analyse der positiven Rechtssätze und die Abwägung der Interessenlage, in zweiter Linie durch eine Prüfung der Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgedanken wie z.B. des genossenschaftlichen Prinzips klären.

Hilfserwägung will, Gesetzeslücken mit außerrechtlichen Prinzipien, wie etwa dem genossenschaftlichen Prinzip Geilers [48] auszufüllen. Für Geiler ist dies ein "teleologisches und wirtschaftliches Prinzip", das, wie er feststellt, im geltenden Wirtschaftsrecht nur eine ungenügende Verwirklichung gefunden hat [49]. Einen andern Weg ist Rhode [50] gegangen, der in dem Vermögen der juristischen Person zweckgebundenes Vermögen der hinter ihr stehenden natürlichen Personen sieht und diesen Fall wie den der offenen Treuhand auf den Grundfall der zweckgebundenen Rechte zurückführt. Damit ist, wie auch Klang [51] und Ludewig [52] in ihren Rezensionen feststellen, die gesetzliche Ausgestaltung der juristischen Person als selbständiges Rechts- und Willenssubjekt übergangen und die Grundlage eines Durchgriffs auf die Theorie gestellt, daß die juristische Person ihrem Wesen nach Zweckvermögen sei. Aus dieser Theorie Folgerungen zu ziehen, ist, wie oben Seite 26 dargetan, verfehlt. Richtig ist daher der von der überwiegenden neueren Lehre beschrittene Weg.

b. Bemerkenswert sind die Anregungen der sog. S t u f e n t h e o r i e . Danach läßt sich an der gesetzlichen Ausgestaltung der einzelnen Personenverbände eine Stufung in der rechtlichen Verselbständigung feststellen und zwar nicht nur zwischen den juristischen Personen, sondern auch im Verhältnis

48) S. 91 ff.

49) Gegen Ende seiner Ausführungen. Geiler selbst erkennt, daß dieses allgemeine Prinzip sich erst de lege ferenda einführen lasse.

50) Juristische Person und Treuhand. 1932.

51) JBl. 1933/42 f.

52) Z Nr. 51/445 ff.

zu den nicht rechtsfähigen Personenverbänden (z.B. der BGBGesellschaft, der oHG) [53]. Beispielsweise haftet für die Schulden einer AG oder GmbH grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen (§§ 48 Abs. 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG). Die Rechtsprechung nimmt auch beim nicht rechtsfähigen Verein überwiegend an, daß für Vereinsschulden die Mitglieder nur mit ihren Beiträgen, nicht aber mit ihrem Privatvermögen haften [54]. Dagegen kennt das Genossenschaftsgesetz (§ 23) in gewissem Umfang eine direkte Haftung der Genossen. Die rechtliche Verselbständigung geht also bei der Mitgliederhaftung des nicht rechtsfähigen Vereines weiter als bei der (rechtsfähigen) eingetragenen Genossenschaft. Nun zeigt aber Schreiber in einer vergleichenden Darstellung [55] der wichtigsten Gesellschaftsformen an einer Reihe weiterer Merkmale, daß der "Individualisierungswert" bei allen untersuchten Merkmalen nur relativ ist. Er untersucht vor allem die Frage, ob die Personenvereinigung einen von den Mitgliedern verschiedenen Namen oder Sitz haben kann, ob sie einen Willen äußern kann, der von dem Willen der einzelnen Mitglieder abweicht, wie weit sie vom Mitgliederbestand unabhängig ist usw. Schreiber zieht mit dieser Untersuchung gegen die sog. dualistische Auffassung zu Felde, nach der nur die Personenverbände mit und ohne rechtliche Selbständigkeit unterschieden werden [56]. Er kommt zum Ergebnis, daß sich der Begriff der juristischen Person aus einer Reihe

53) Dem Text wurde die Darstellung Schreibers, S. 18 ff, zu Grunde gelegt. Ähnlich: Wieland I S. 396, Friedlaender, S. 38 ff, Ludewig in Z Bd. 51 S. 445. Nach 1955 u.a. Schilling öJZ 1958/147 Nr. 3, Enneccerus-Nipperdey, § 103 V S. 618, jeweils mit Nachweisen.

54) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 116 III 6 b (S.706) und die Kommentare zu § 54 BGB.

55) S. 18 ff.

56) S. 12 ff, 31 ff.

von Organisationselementen zusammensetzt. Aus der vergleichenden Untersuchung ergibt sich, in welcher Mischung die Elemente nach dem Gesetz auftreten. Die dualistische Auffassung hält er nur insoweit für berechtigt, als sich bestimmte Organisationselemente der einzelnen Typen von juristischen Personen decken und gleichzeitig im Gegensatz stehen zu entsprechenden Organisationselementen bei den nicht rechtsfähigen Personenverbänden. Er teilt also lediglich nach diesen Organisationselementen ein. Diese Auffassung ist jedoch unhaltbar. Schreiber übersieht dabei, daß das Gesetz Ähnlichkeiten und Gegensätzlichkeiten der Personenverbände nicht nur durch Organisationselemente festlegt, sondern ausdrücklich einem Teil der Verbände Rechtspersönlichkeit beilegt [57]. Somit ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber diese Personenverbände verselbständigen wollte, mindestens soweit er nicht selbst etwa durch eine Spezialregelung eine Durchbrechung dieses Grundsatzes zu erkennen gegeben hat. Der oben dargestellte Satz von Schreiber ist also umzukehren: Die dualistische Auffassung ist gerechtfertigt, soweit der Gesetzgeber nicht einen andern Willen zu erkennen gegeben hat, z.B. durch die Ausgestaltung der Organisationselemente.

Die von dieser Richtung vertretene Meinung hat für die Behandlung des Durchgriffsproblems lediglich die Bedeutung, daß ein Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person dann auf andere gesetzliche Typen von juristischen Personen nicht ausgedehnt werden kann, wenn sich die in Betracht kommenden Organisationselemente bei den einzelnen Typen nicht entsprechen. So muß z.B. durch Normenauslegung geprüft werden, ob und wie weit ein Haftungsdurchgriff, der für eine AG getroffen werden mußte, auch für die eingetragene Genossenschaft durchführbar ist, weil bei der AG und der eingetragenen Genossenschaft das Organisationselement der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden verschieden geregelt ist.

57) Vgl. oben S. 1 ff.

3. Eine Reihe von Spezialuntersuchungen befaßt sich vor allem mit der Frage des Durchgriffs bei Einmanngesellschaften und bei Konzernen. Bei ihrer Auswertung muß vor allem geprüft werden, ob sich die Ergebnisse verallgemeinern und auf andere Typen juristischer Personen erstrecken lassen.

Die Einmanngesellschaft ist heute überwiegend anerkannt [58]. Feine spricht von gewohnheitsrechtlicher Bildung [59]. Er will einen Durchgriff zulassen, wenn die Einmanngesellschaft als "Kulisse" verwendet wird [60]. Um Gesetzesumgehungen zu verhüten, müßte nicht nur nach einer freieren, sondern auch nach einer formal-juristischen Betrachtungsweise durchgegriffen werden, um "über die äußere Form hinweg dem materiellen Rechtsgehalt Geltung zu verschaffen" [61]. Wieland hebt hervor, daß die Rechtsfähigkeit der Einmanngesellschaft nicht auf die Spitze getrieben werden dürfe, weil die Einmanngesellschaft vom Willen ihres Alleingesellschafters beherrscht werde und auch nur dessen Interessen vertrete [62]. Die Entscheidung über den Durchgriff müsse deshalb im Einzelfall nach Treu und Glauben getroffen werden. Griebel [63] stellt bei

58) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 103 III (S. 612), mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht Hachenburg, der in Hachenburg-Schilling, Anm. I des Anh. zu § 13 GmbHG, davon spricht, daß die Einmanngesellschaft rechtlich gebundenes Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit sei; ebenso Schilling in JZ 1953/161.

59) S. 435.

60) S. 443 f, ähnlich bildhaft hatte sich das KG schon früher in der Entscheidung in JW 1924/1535 ff ausgedrückt, in der es den Aktienmantel als Hülse bezeichnet, siehe oben Anm. 23.

61) Gemeint sein dürfte dasselbe wie die Kennzeichnung der "freien" Auffassung mit "wirtschaftlicher" Betrachtungsweise, die bisweilen die Rechtsprechung angewendet hat, siehe oben S. 17. Gegen diese Auffassung Feines vgl. Wieland II S. 444.

62) S. 394.

63) Vor allem S. 174 f.

der Entscheidung des Durchgriffs auch regelmäßig auf den Einzelfall ab. Er prüft dabei - wie das RG - die Anwendbarkeit der Normen durch Normauslegung unter Berücksichtigung des besonderen Sachverhalts. Er spürt der vor allem bei der Einmanngesellschaft zutage tretenden Gemeinsamkeit des Willens und der Interessen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nach. Friedlaender [64] stellt für die Einmanngesellschaft schließlich den Grundsatz auf, daß der Durchgriff je nach dem Zweck der betreffenden Norm, ihrem Charakter (Formvorschrift, Prozeßrecht), nach dem Willen der Parteien, der im Wege der Auslegung zu ermitteln sei, sowie nach Treu und Glauben durchzuführen sei. Er empfiehlt hierbei, Gruppen von Fällen zusammenzustellen und, je nach der Zugehörigkeit des bestimmten Falles zu einer Gruppe, hierüber zu entscheiden. Siebel [65] will den Durchgriff statt aus § 242 BGB aus der ratio legis hergeleitet wissen. Siebert [66] schließlich hält einen Durchgriff für zulässig, um offenbar unbillige, den Grundsätzen des redlichen Rechtsverkehrs und den berechtigten Interessen der Gläubiger zuwiderlaufende Ergebnisse zu vermeiden.

Andere Grundsätze vertritt Schumacher [67]. Er befürwortet - übrigens nicht nur für die Einmanngesellschaft, sondern grundsätzlich für die GmbH - unter Berufung auf die "Anschauung der beteiligten Volkskreise" eine grundsätzliche Gleichstellung zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern. Wenn er die Trennung auf die vermögensrechtlichen Beziehungen beschränkt wissen will, weil die GmbH lediglich ein "gesetzestechnisches Hilfsmittel sei, die Haftungsbeschränkung in die Tat umzusetzen", so hält sich seine Auffassung nicht an das Gesetz.

64) S. 74 f.
65) JZ 1953/724 ff.
66) BB 1954/417.
67) JW 1937/2249 mit weiteren Nachweisen.

§ 13 Abs. 1 GmbHG beschränkt die Rechtsfähigkeit der GmbH nicht auf die vermögensrechtlichen Beziehungen.

Die einschlägige konzernrechtliche Literatur hat sich großenteils mit der sog. Einheitlichkeitstheorie Isays befaßt. Rudolf Isay vertrat in seiner 1910 verfaßten Schrift "Das Recht am Unternehmen" [68] die Ansicht, daß gewisse Unternehmenszusammenfassungen, sog. komplexe Unternehmen, rechtlich als Einheit behandelt werden müßten. Komplexe Unternehmen sind solche, die wirtschaftlich eine Einheit bilden, rechtlich jedoch aus verschiedenen natürlichen und juristischen Personen zusammengesetzt sein können. Sie bestünden dann nur "formell" aus mehreren Rechtssubjekten, nicht "materiell". Er hebt darauf ab, ob der herrschenden Person die Leitung und der Gewinn der abhängigen juristischen Person zusteht. Haussmann [69] hat hiergegen Stellung bezogen, indem er mit Recht darauf hinweist, daß das Unternehmen zwar als ein einheitliches Immaterialgut gedacht werden könne, daß dies aber kein schutzwürdiges Rechtsgut sei, weil das Gesetz einen derartigen Begriff des Unternehmens nicht kenne. Er ist der Ansicht, daß die Rechtsfähigkeit der Tochtergesellschaft ihre Grenzen habe und daß danach im Einzelfall zu entscheiden sei [70]. Kronstein [71] und Friedlaender [72] vertreten im Anschluß daran die sog. modifizierte Einheitlichkeitstheorie, die dahin geht, daß jeweils in einzelnen Rechtsgebieten z.B. im Schuldrecht, Sachenrecht, Wettbewerbsrecht oder im Arbeitsrecht festzustellen ist, inwieweit eine rechtlich

68) S. 87 ff.

69) Grundlegung S. 69 ff.

70) Tochtergesellschaft S. 30.

71) S. 4.

72) S. 35 und 156. Entsprechend geht auch Meise "Zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft" vor. Im Ergebnis trotz grundsätzlicher Ablehnung der modifizierten Einheitlichkeitstheorie auch Wieland II S. 380 ff.

einheitliche Behandlung geboten ist. Ihre Arbeiten zeigen jedoch, daß die Zusammenfassung nach derartigen Spezialgebieten keinen großen Unterscheidungswert hat und daß es doch vor allem auf den Zweck der einzelnen Norm ankommt. Die Entwicklung der Einheitlichkeitstheorie zeigt, wie gefährlich es sein kann, von wirtschaftlichen Begriffen auszugehen und nicht von rechtlichen. Der Unternehmensbegriff Isays wäre geeignet, das Institut der juristischen Person für die komplexen Unternehmen vollständig beiseite zu rücken [73]. Die Gefahr wurde erkannt, und das Vorgehen im Rahmen der modifizierten Einheitlichkeitstheorie in eine Untersuchung nach rechtlichen Maßstäben verwandelt. Etwas anderes ist es, wenn bei der Auslegung von Willenserklärungen die wirtschaftlichen Ziele der Parteien berücksichtigt werden. Daß dieser Gesichtspunkt gerade im Konzernrecht häufig von entscheidender Bedeutung ist, hat schon Rosendorff [74] erkannt. Rasch [75] kritisiert an der Rechtsprechung des RG zur Auslegung der Stimmrechtsverbote, daß sie zu wenig spezifisch wirtschaftsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtige. Hier zeigt sich also, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse bei einer rechtlichen Beurteilung nicht a limine ausscheiden müssen, sondern sehr wohl in einer rechtlichen Lösung des Durchgriffs ihre Berücksichtigung finden können, nämlich, so können die Hinweise von Rosendorff und Rasch verallgemeinert werden, bei der Auslegung von

73) Bezeichnend für diese wirtschaftliche Prüfungsweise Isays ist der Satz (S. 101 unten): "Das Wesen einer Filiale z.B. wird doch nicht dadurch geändert, daß sie zu einer AG erhoben wird."
Eine Prüfung nach rechtlichen Gesichtspunkten ergibt, daß es eben dadurch verändert wird, daß die Filiale mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet wird. Es kann nur darum gehen, die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit einer solchen Gesellschaft festzustellen.

74) S. 34 ff.

75) S. 123.

Normen und bei der Beurteilung des Sachverhalts und dabei besonders bei der Auslegung von Willenserklärungen der Parteien.

Eine andere Gefahr zeigt sich bei der Untersuchung Hamburgers [76]. Er will das Verhältnis zwischen einer Organgesellschaft und der herrschenden Person nach den Vorschriften des BGB über Dienstvertrag und Auftrag und die Vorschriften des HGB über Handlungsgehilfen und Kommission beurteilt wissen, wobei er lediglich die sozialen Schutzvorschriften für unanwendbar hält [77]. Im Verhältnis zu Dritten soll eine Analogie zu den §§ 419, 831, 826 BGB und 29 ff KO zum Zuge kommen. Die analoge Anwendung von Vorschriften des Auftrags, Dienst-, Werk- und Werklieferungsvertrags befürwortet auch Kronstein in gewissem Umfang, nämlich im Verhältnis zwischen herrschender und abhängiger Person [78]. Friedlaender und Rasch gehen ähnlich vor. Friedlaender [79] will für das Innenverhältnis einer sog. Zweimanngesellschaft die Vorschriften über die oHG entsprechend anwenden. Gegen eine Analogie ist an sich nichts zu sagen. Wenn sie jedoch wie bei Hamburger nur für besondere Gesellschaftstypen angewendet wird, droht die Gefahr, daß für einen Teil der Durchgriffsfälle durch analoge Heranziehung von Vorschriften nach andern Maßstäben entschieden wird als für die übrigen Fälle [80]. Es muß für alle Fälle ein einheitlicher Weg für den Durchgriff gefunden werden. Sonst läßt sich letzten Endes nie

76) S. 261 ff.

77) S. 295 (300).

78) S. 103 ff.

79) S. 128.

80) Das dürfte letztlich auch der Inhalt der Kritik Hofmannsthals an Hamburger sein, die ihm "eine scholastische Anwendung schematischer Rechtsbegriffe" vorwirft, "die für andere Verhältnisse geschaffen sind". Z 1932/434 f. Vgl. auch Drobnig S. 44.

verhüten, daß mit zweierlei Maß gemessen wird.

D. Die Rechtsentwicklung seit der Arbeit Sericks (Rechtsform und Realität juristischer Personen 1956)

In dieser Schrift hat Serick die einschlägige deutsche Rechtsprechung nahezu lückenlos verarbeitet und schon allein dadurch für die Erörterung des Problems eine gut fundierte Basis geschaffen. Das von ihm gefundene Ergebnis läßt sich in zwei Hauptsätzen formulieren: 1. Der Mißbrauch der juristischen Person zu unlauteren Zwecken rechtfertigt nach Treu und Glauben einen Durchgriff durch ihre Rechtsform [81]. 2. Der Zweck einer Norm oder eines Rechtsgeschäfts allein rechtfertigt noch keinen Durchgriff [82]. Von dem zweiten Hauptsatz macht Serick dann Ausnahmen:
2a. für solche korporationsrechtliche Normen, die von so grundlegender Bedeutung sind, daß ihr Zweck auch nicht mittelbar beeinträchtigt werden darf [83].
2b. für Normen, die von einer tatsächlichen Personeneinheit oder -verschiedenheit ausgehen [84].
Den Durchgriff (1. Hauptsatz) begründet er damit, daß in solchen Fällen "von der Rechtsordnung mißbilligte Ziele verfolgt" würden, daß "die Rechtsform deshalb in diesem Bereich keine Achtung mehr verdiene", oder: "wer die Rechtsform zu unlauteren Zwecken mißbraucht, verdient keinen Schutz" [85]. Hervorzuheben ist, daß er nur dann einen Durchgriff anerkennt, wenn eine

81) S. 201 "erster Satz".
82) S. 208 "zweiter Satz" (1. Absatz).
83) S. 208 "zweiter Satz" (2. Absatz).
84) S. 217 "vierter Satz". Ferner dürfte auch der "dritte Satz", der die Normanwendungsprobleme behandelt, als Ausnahme gewertet werden, vgl. oben S. 4 ff.
85) Zitate aus den Erläuterungen Sericks zu diesen Sätzen; Serick S. 203 ff.

Mißbrauchsabsicht, oder das Bewußtsein vorliegt, das Gesetz oder den Vertragszweck zu umgehen [86]. Ob der Durchgriff in jedem Fall das Vorhandensein dieses subjektiven Elementes voraussetzt, kann fraglich sein, immerhin kann sich Serick auf Entscheidungen des RG stützen, die im Gegensatz zu KG-Entscheidungen ein Umgehungsbewußtsein für den Durchgriff voraussetzten [87].

Dem zweiten Hauptsatz, daß nämlich der Zweck einer Norm oder eines Rechtsgeschäfts - grundsätzlich - noch keinen Durchgriff rechtfertige, steht eine umfangreiche Rechtsprechung entgegen [88]. Zur Begründung des zweiten Hauptsatzes meint Serick, daß "solche Normzwecke nicht auf Kosten der Rechtsform der juristischen Person verwirklicht werden dürfen" [89], denn "wer mit einer juristischen Person zu tun hat, muß grundsätzlich mit allen Folgen, die sich aus ihrer Struktur ergeben, rechnen" [90]. Dieser Satz läßt sich nur aufrecht erhalten, wenn man den Zweck, der mit der juristischen Person verfolgt wird, grundsätzlich höher stellt als die Zwecke der andern anzuwendenden Normen. Dazu ist aber kein Anlaß vorhanden, wenn man von der Zweckbestimmung der juristischen Person ausgeht, wie sie Serick zutreffend beschreibt [91]. Ihr gesetzgeberischer Zweck dürfte vor allem darin zu suchen sein, daß sie den beteiligten (natürlichen) Personen, besonders ihren Mitgliedern, den Rechtsverkehr mit Dritten erleichtern und ihnen u.U. besondere

86) Z.B. S. 18 Anm. 2, S. 37 "Umgehung", "fraudulöse Schädigung".

87) Zu der Frage, ob die sog. Gesetzesumgehung ein subjektives Element voraussetzt, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 190 III, für das schweizerische Recht Maday S. 40 ff. Müller-Freienfels sagt in AcP 1957 S. 537, daß die objektive Mißbrauchslehre im Kommen sei. Zur Rechtsprechung des RG und KG siehe oben, S. 21 f.

88) Siehe oben S. 18 ff.

89) S. 208.

90) S. 24.

91) S. 1 und 25 f, dazu kritisch Müller-Freienfels, S. 528.

Vergünstigungen (z.B. Haftungsbeschränkung) gewähren soll. Urteilt man nach den im Spiele stehenden Interessen, so kann die Auffassung nicht aufrecht erhalten werden, daß der Zweck solcher Normen, auf denen die juristischen Personen beruhen, grundsätzlich vor allen andern Normen bevorzugt werden könnte. Hier zeigt sich der grundsätzliche Unterschied zu der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, die deshalb höher zu achten ist, weil sie einer ethischen Forderung entspringt [92]. Die Ausnahme für gewisse korporationsrechtliche Normen rechtfertigt Serick vor allem damit, daß es sich bei ihnen um Normen handle, "die der Gesetzgeber geschaffen hat, um zu gewährleisten, daß eine juristische Person bestimmter Art die ihr zugedachten Funktionen in seinem Sinne zu erfüllen vermag" [93]. Hier zeigt sich wieder die ungerechtfertigte Bevorzugung des Zweckes der juristischen Person. Wenn Serick an anderer Stelle diese Ausnahme damit rechtfertigt, daß der Gesetzgeber den Konflikt des Normzweckes mit der juristischen Person hier zu Gunsten dieses Normzweckes entschieden habe, so kann aus dieser Folgerung kein Gegensatz zu andern Normkonflikten konstruiert werden. Statt vor einem Ausnahmefall stehen wir insoweit vor einem prinzipiellen Fall. Die Erläuterung zu der zweiten Annahme (oben 2b) geht dahin, daß es sich hier um Rechtssätze handle, deren Voraussetzungen mit dem Merkmal der scharfen Trennung zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern "unmittelbar zusammenhingen". Sie ist inhaltlich zu unbestimmt und rechtfertigt nicht die Durchbrechung des vom Gesetz aufgestellten Grundsatzes der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen. Der Satz selbst, daß es Normen gebe, die

92) Siehe oben S. 1 ff und Schnitzer S. 489.
93) S. 209.

nicht von der rechtlichen, sondern von einer natürlichen Personenverschiedenheit ausgehen, widerspricht in dieser Formulierung dem Gesetz. Abgesehen davon, daß danach schwer erkennbar ist, welche Normen von der rechtlichen und welche von der tatsächlichen Personenverschiedenheit ausgehen, ist es grundsätzlich gefährlich, verschiedene Betrachtungsweisen: eine rechtliche und eine außerrechtliche (tatsächliche) anzuwenden. Es kann nur e i n e , nämlich eine rechtliche Betrachtungsweise geben, und danach besteht für alle Normen der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen. Serick hat sich in dieser Schrift zu der in seinem zweiten Hauptsatz angeschnittenen Frage, ob der objektive Zweck einer Norm den Durchgriff rechtfertigen kann, zu keinem einheitlichen Ergebnis durchgerungen. Seine Untersuchungen bedürfen der Ergänzung.

Müller-Freienfels stellt fest, daß Serick zu Unrecht stets die "juristische Person" als einheitlichen Komplex behandelt habe, er hätte vielmehr nach den Rechtsformen der juristischen Personen und nach dem Sinn und den Funktionen dieser Rechtsgebilde in der sozialen Wirklichkeit unterscheiden müssen (z.B. zwischen Einmanngesellschaften, Familiengesellschaften, Konzerngesellschaften) [94]. Diese Forderung Müller-Freienfels' ist berechtigt. Wir haben diese Frage bereits oben [95] kurz untersucht und auf die in der Literatur vertretenen Meinungen hingewiesen. Andere Kritiker der Serick'schen Auffassung wenden sich hauptsächlich dagegen, daß der Durchgriff grundsätzlich nur bei dem Vorliegen eines Umgehungsbewußtseins oder einer Mißbrauchsabsicht zulässig sein soll.

94) S. 531.
95) Vgl. oben S. 30 ff, Nr. 3).

brauchsabsicht möglich sein soll [96].

Der BGH hat sich in der Entscheidung vom 30.1.1956 dieser Kritik angeschlossen und die Auffassung Sericks als zu eng charakterisiert. Der Ausgangspunkt des BGH lautet wie folgt: "Die Rechtsfigur der juristischen Person kann nur in dem Umfang Beachtung finden, in dem ihre Verwendung dem Zweck der Rechtsordnung entspricht. Es genügt nicht, daß diese Rechtsfigur ihren eigenen Zwecken gemäß benützt wird" [97]. Damit ist vom BGH bestätigt, was schon oben bei der Kritik an Serick gesagt wurde [98], daß nämlich die Rechtsform der juristischen Person nicht isoliert betrachtet werden darf. Bei diesem - begrüßenswerten - Ausgangspunkt für die Klärung des Durchgriffsproblems ist es in der Rechtsprechung des BGH geblieben. Zu einer einheitlichen Ansicht ist der BGH noch nicht vorgestoßen. Vielmehr zeigen sich in der späteren Rechtsprechung noch mancherlei Widersprüche und Unklarheiten über die Voraussetzungen für einen Durchgriff. In der Entscheidung vom 8.7.1957 [99] nimmt der BGH die genannten Merkmale wieder auf und erklärt, daß die Rechtsform der juristischen Person nicht dem Zweck der Rechtsordnung widersprechen dürfe. Andere Entscheidungen sprechen farbloser von einem Rechtsmißbrauch [100] oder berufen sich schlicht

96) So Beitzke, JZ 1956/40, Rheinstein 365 ff (371), Müller-Freienfels, S. 537, Lieberknecht NJW 1956/931 ff (933), abwägend Reinhardt, S. 587.

97) BGHZ 20/4 ff, 14.

98) S. 36 f.

99) WM 1957/1059 ff (1060).

100) Vom 26.9.1957, NJW 1957/1877 (1878 a.E.), vom 14.12.1959, BGHZ 31/258 ff (271), vom 12.3.1959, NJW 1959/1082 f (1083), vom 29.11.1956 BGHZ 22/226 ff (234) und die Entscheidung des 8.Senats vom 26.11.1957, WM 1958/460 ff (462).

auf die Grundsätze von Treu und Glauben [101]. Schließlich verzichtet der BGH in der Entscheidung vom 29.11.1956 überhaupt auf ein einheitliches Merkmal und zählt nur an Beispielen mögliche Gründe für einen Durchgriff auf [102]. Die Widersprüche bezüglich der Voraussetzungen für einen Durchgriff zeigen sich vor allem in einer Gegenüberstellung der genannten Entscheidung des 2. Senats vom 30.1.1956 [103] mit der Entscheidung des 8. Senats vom 26.11.1957 [104]. Der 2. Senat macht den Durchgriff nicht von einem absichtlichen Mißbrauch abhängig und beruft sich dabei auf das RG [105]. Dagegen hebt der 8. Senat darauf ab, daß nur das Hinzutreten eines subjektiven Gesichtspunktes das Verhalten des sich auf die Selbständigkeit der GmbH berufenden Gesellschafters als Verstoß gegen Treu und Glauben und die guten Sitten kennzeichne.

101) Vom 7.11.1957, BGHZ 26/31 und vom 9.12.1958, nach Serick, Vertragsstörungen S. 21, Anm. 78, nach der nur ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben den Durchgriff rechtfertigt.

102) In BGHZ 22/226 f (234): "Dazu ist z.B. erforderlich, daß die rechtliche Selbständigkeit der einen Gesellschaft von einem andern Unternehmen rechtswidrig ausgenutzt, der Schein der Selbständigkeit erweckt oder das Abhängigkeitsverhältnis mißbraucht wird."

103) BGHZ 20/4 (13).

104) WM 1958/460 (462) ebenso LG Mainz in BB 58/1182.

105) RGZ 120/287, 122/481, 124/164 und 150/401 u.a. Andere Entscheidungen des RG, z.B. JW 1926/1664 und DJ 1938/601, können entgegengestellt werden, siehe oben S. 23 f.

Der BGH lehnt es dabei ab, den Rechtsschein der Selbständigkeit als Grund für den Durchgriff gelten zu lassen. Dem steht schon die erwähnte Feststellung des 2. Senats im Urteil vom 29.11.1956 [106] entgegen, nach der beispielsweise gegen denjenigen vorgegangen werden kann, der den Schein der Selbständigkeit erweckt. Bisweilen erscheint es auch zweifelhaft, ob der vom BGH verwendete Begriff Mißbrauch der juristischen Person ein subjektives Element enthalten soll oder nicht [107].

Auch im Schrifttum ist die Frage, ob der Durchgriff ein subjektives Merkmal voraussetzt, immer noch streitig [108]. In zahlreichen Beiträgen wurde versucht, die Ansätze Sericks zu ergänzen oder zu ersetzen. Serick wirft diesen Gegenmeinungen (die er als objektive Mißbrauchslehre bezeichnet) vor, ihre Formeln seien uneinheitlich und für die Rechtsanwendung nicht genügend konkretisiert. Vor allem sei nicht faßbar, wann eine objektive Sachgerechtigkeit einen Durchgriff gebiete [109]. Den Vorwürfen

106) BGHZ 22/226 (234) vgl. Anm. 102.

107) NJW 1959/1082 f. Auffallen muß dabei auch, daß gerade der 2. Senat, der überwiegend die objektive Theorie vertritt, in der Entscheidung BGHZ 31/258 ff (271) neben § 242 BGB auch noch den § 826 BGB für den Durchgriff heranzieht, wobei § 826 ja bekanntlich auch einen subjektiven Tatbestand voraussetzt, während sich der 8. Senat in dem genannten Urteil, in dem er auf einen subjektiven Tatbestand abhebt, lediglich § 242 BGB zitiert.

108) Für ein subjetives Erfordernis außer Serick Walter Schmidt, GrossKomm zum Aktienrecht, 1957, § 1, 8a. Dagegen Kuhn, zuletzt in WM 61/900 (vgl. WM 59/989). Vgl. die in Anm.96 genannten Autoren. Soergel-Siebert, Anm. 19 vor § 21 BGB vertritt eine Mittelmeinung.

109) "Durchgriffsproblem bei Vertragsstörungen" S. 21 ff, er beruft sich dabei auf Walther Schmidt.

Sericks kann im Blick auf die geschilderte Rechtsprechung des BGH, aber auch auf die Literatur die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die "objektive Mißbrauchslehre" konnte bisher ebensowenig wie Serick eine einheitliche und überzeugende Lösung des Durchgriffsproblems bringen. Es bleibt zu hoffen, daß sich durch die gemeinsamen Bemühungen allmählich eine allseits befriedigende Lehre des Durchgriffs herausschält und entwickelt. Der Beitrag Reinhardts [110] bezieht sich dem Thema nach nur auf die Einmanngesellschaft. Er hat jedoch über den Tatbestand der Einmanngesellschaft hinaus, also im Rahmen jeder juristischen Person, Bedeutung. Reinhardt geht davon aus, daß neben der Rechtsposition, die der juristischen Person eingeräumt ist, den Mitgliedern eine Rechtsposition insoweit eingeräumt wird, als diese die juristische Person der Substanz nach rechtlich beherrschen und wirtschaftlich nützen. Reinhardt erkennt damit das Prinzip der gestuften Rechtsmacht[111] an. Diese Rechtsmacht der Mitglieder - sozusagen die Rechtsmacht zweiter Stufe - ist je nach Aufbau und Organisation der Gesellschaft verschieden, sie bedeutet für die Einmanngesellschaft eine totale Bezogenheit auf den Alleingesellschafter hinsichtlich der Substanz und der wirtschaftlichen Ergebnisse. Reinhardt untersucht die Rechtswirkungen dieser Bezogenheit vor allem im Verhältnis zwischen dem Einmanngesellschafter und einem Dritten.

Der Vorzug dieser Herleitung gegenüber der schon genannten Ansicht Sericks und der Ansicht Siebels [112] ist erkennbar. Serick nennt in seinem "4. Satz" Normen,

110) Festschrift für Lehmann S. 576.
111) S. 579 f.
112) JZ 1953/724 (725).

die von der rechtlichen und solche, die von der tatsächlichen Personenverschiedenheit ausgehen [113]. Er geht dabei von zwei Beurteilungsmaßstäben aus, statt von einem einheitlichen. Diesem Vorwurf entgeht auch die Ansicht Siebels nicht ganz. Siebel stellt zwar mit Recht fest [112], daß das Zivilrecht kein mehrstufiges Eigentum in der Richtung kennt, daß das "rechtliche" Eigentum der Einmanngesellschaft zugleich "wirtschaftliches" Eigentum des Einmanngesellschafters sei. Er legt jedoch - ebenso bedenklich - den rechtlichen Begriff des Eigentums als formelle und als wirtschaftliche oberste Herrschaft aus und ist der Ansicht, daß der Gesetzgeber in manchen Gesetzen auch oder insbesondere die wirtschaftliche Herrschaft meint. Diese Gesetze sind dann nicht nur auf den formellen Eigentümer, beispielsweise die Einmanngesellschaft, sondern auch auf den wirtschaftlichen, also den Einmanngesellschafter, anzuwenden. Die Unterscheidung ist deshalb bedenklich, weil sie den Eigentumsbegriff aufgliedert und ein volles und ein eingeschränktes (also nur formelles) Eigentum unterscheidet, obwohl das Gesetz kein mehrstufiges Eigentum kennt [114]. Im Gegensatz zu diesen Meinungen geht die Untersuchung Reinhardts von der rechtlichen Frage aus, wie der Gesetzgeber die Rechtsmacht zwischen der juristischen Person und den an ihr beteiligten Personen verteilt hat. Der Vorteil mindestens der Ansicht Sericks gegenüber liegt auch darin, daß er je nach der Rechtsmachtverteilung zwischen den einzelnen Typen von juristischen Personen differenzieren kann. Die Ergebnisse Reinhardts

113) Rechtsform, S. 217.

114) Eine Parallele zu der Ansicht Sericks und Siebels bietet - freilich in gefährlicheren Ausmaßen - der wirtschaftliche Unternehmensbegriff Isays. Siehe oben, S. 32 ff.

sind jedoch uneinheitlich. Wenn er den Gedanken des Organisationsfehlers als Grund für den Durchgriff herausarbeitet, so will er diesen Gesichtspunkt nur für die Kriegsgesellschaften gelten lassen. Wird aber ein Institut wie das der Haftung juristischer Personen für Hilfspersonen bei Vorliegen von Organisationsfehlern nur auf ein Teilgebiet des Durchgriffsproblems analog angewendet, so wird die einheitliche Behandlung des Problems in Frage gestellt. Es müssen daher einheitliche Gesichtspunkte gefunden werden. Andererseits geben die Formeln Reinhardts, daß sich ein Unternehmer "unternehmensgerecht verhalten" müsse [115], daß "das Leitprinzip der Verkehrswirtschaft", der ordre public, dessen Anwendbarkeit innerhalb des deutschen Gesellschaftsrechts fraglich ist, eingehalten werden müssen, noch keine genügende Konkretisierung des Rechtsgrundes für den Durchgriff. Zu wenig konkret erscheint auch die Formel Kuhns [116], daß die Verwendung der Rechtsform der juristischen Person nicht gegen den "objektiven Zweck der Rechtsordnung", d.h. gegen Treu und Glauben verstoßen dürfe. Zu weit - mindestens mißverständlich - ist die Formel Sieberts, daß sich die juristische Person "funktionsgerecht verhalten" müsse [117]. Ein funktionswidriger Gebrauch der juristischen Person liege dann vor, wenn bei Berücksichtigung der Rechtsform der juristischen Person der Zweck der andern Norm vereitelt und ein ungerechtes, Treu und Glauben widersprechendes Ergebnis, das damit auch dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht, erzielt

115) S. 591, ebenso die Kritik von Schönle, SAG 1960/106.

116) WM 1959/989.

117) In Soergel-Siebert, Anm. 19 vor § 21 BGB.

werde. Die Formulierung ist deshalb zu weit, weil ein Verstoß gegen den Zweck einer andern Norm mit Hilfe der juristischen Person nicht generell auch ein Verstoß gegen den Zweck der Rechtsordnung zu sein braucht. Die Prüfung darf nicht am Zweck der andern Norm halt machen, sondern muß die soziale und rechtsethische Funktion dieser Norm gegen die Funktion der juristischen Person abwägen. Entsprechend zu weit sind auch die Auffassungen Beitzkes [118] und Westermanns [119], die beide davon ausgehen, daß der Zweck einer andern Norm einen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person rechtfertigen könne. Diese Meinungen bewerten danach den Zweck der juristischen Person niedriger als den der entgegenstehenden Norm. Diese Auffassungen bilden gewissermaßen den entgegengesetzten Pendelausschlag zu der Serick'schen Mißbrauchslehre.

Im übrigen beschränkt sich die Rechtslehre zumeist unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG auf den Hinweis, daß ein Durchgriff wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben [120] oder wegen eines Rechtsmißbrauchs [121] gerechtfertigt sein könne.

118) JZ 1956/40. Er gibt jedoch nur die Anregung, das Verhältnis der Norm zu der Rechtsform der juristischen Person zu prüfen.

119) Erman-Westermann, Vorbem. 2 vor § 21 BGB. Enger mit Recht Drobnig, S. 23: Maßgebend ist der Zweck der Rechtsordnung.

120) So für die Einmanngesellschaft Baumbach-Hueck GmbHG, 9. Aufl., 1960, Ziff. 3 A Anh. zu § 34, Baumbach-Hueck, AktG 10. Aufl., 1960, Ziff. 2 Anh. zu § 15, Vogel, Anm. 2 zu § 13 GmbHG, für die Einmanngesellschaft in Anm. 5, wo er auf die "wirtschaftliche Identität" zwischen Einmanngesellschaft und Gesellschafter abhebt.

121) So Scholz, wohl nicht nur für die Einmanngesellschaft § 15, Anm. 63, § 15 Anm. 2 (unzulässige Rechtsausübung).

Bisweilen werden auch Prinzipien aufgestellt, die nur für einzelne Fallgruppen des Durchgriffs gelten [122]. Mit der rechtlichen Durchdringung des Problems auch n a c h Bejahung des Durchgriffs befaßt sich vor allem Serick [123].

Die Erörterung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur in Deutschland hat ergeben, daß die zahlreichen Versuche, die zur Lösung des Problems gemacht worden sind, interessante und wichtige Hinweise gegeben haben, daß bisher aber eine einheitliche Lösung noch nicht geglückt ist.

Es wird im Anschluß hieran zu prüfen sein, wie weit das Problem im schweizerischen und österreichischen Recht gelöst worden ist.

E. Die Entwicklung im schweizerischen und österreichischen Recht

1a. Ähnlich wie im deutschen Recht hat die Rechtsprechung in der Schweiz in einigen Urteilen den Durchgriff mit im Grunde nichtssagenden Formeln gerechtfertigt. So sieht das Urteil der Genfer Aufsichtsbehörde [124] den Durchgriff "dans le cas particulier, de la situation véritable au point de vue pratique" begründet. Wie im deutschen Recht dienten in einigen schweizerischen Urteilen wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Rechtfertigung des Durchgriffs. So in den Urteilen des BG vom 30.1.1929 [125] und vom 11.10.1955 [126].

122) Hachenburg-Schilling, für die abhängige Gesellschaft Anm. 7, Anh. zu § 13 GmbHG, während er das Problem für die Einmanngesellschaft anders sieht, siehe oben S. 28 Anm. 56.

123) Vertragsstörungen, S. 26 ff.

124) Semaine Judiciaire, 53 (1931), S. 375.

125) BGE. 55 II 23 (28).

126) BGE 81 II 455 (459). In andern Entscheidungen nimmt es gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise Stellung (BGE 45 II 33 (35) und Praxis 1927/449 (452).

Im Urteil vom 19.3.1946 [127] hat das BG die schon oben [128] behandelte sog. Einheitlichkeitstheorie am Beispiel einer Holdinggesellschaft abgelehnt und sich zur modifizierten Einheitlichkeitstheorie bekannt [129]. Gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise der uneingeschränkten Einheitlichkeitstheorie führt es dabei aus: "Das Wirtschaftliche in der Frage der Abhängigkeit zweier oder mehrerer Unternehmen ist zumeist nur die faßbare Auswirkung der rechtlichen Situation". Andere Entscheidungen sprechen aus, daß die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit nicht gegen Treu und Glauben im Sinne des Artikels 2 Abs. 1 ZGB verstoßen dürfe und damit kein offenbarer Rechtsmißbrauch im Sinne des Artikels 2 Abs. 2 ZGB sein dürfe [130/131].

127) BGE 72 II 275 (284 ff, 286).

128) Siehe oben S. 30 f.

129) Gegen die vom BG vertretene modifizierte Einheitlichkeitstheorie nimmt Frankenberg, S. 135 ff Stellung, indem er statt einer Prüfung im Rahmen der einzelnen Rechtsgebiete die Prüfung einer solchen an Sinn und Zweck der einzelnen gesetzlichen Vorschrift oder an allgemeinen Rechtsgrundsätzen vorschlägt. Tatsächlich sind die Vertreter der modifizierten Einheitlichkeitstheorie, vor allem Haußmann und Friedlaender, praktisch auch nicht anders vorgegangen, siehe oben S. 32 f.

130) Hierbei entspricht das Gebot von Treu und Glauben (ZGB Artikel 2 Abs. 1) dem des § 242 BGB. Trotz seines engeren Wortlautes (Beschränkung auf Pflichten, nicht auf Rechte; Stellung im Recht der Schuldverhältnisse, § 242). In Artikel 2 Abs. 2 ZGB ist das Mißbrauchsverbot als allgemeiner Rechtssatz formuliert. Es bringt den Gedanken von Treu und Glauben in Form einer Gebotsnorm nochmals zum Ausdruck. Vgl. Egger, Kommentar zum ZGB Artikel 2 N 23. Es entspricht dem im deutschen Recht nicht positiv geregelten, sondern von der Lehre entwickelten objektiven Mißbrauchsverbot. Dazu Soergel-Siebert, Anmerkung 12 vor § 226 BGB.

131) So die Entscheidungen vom 15.9.1927 (Praxis 1927 S. 449 ff (452) und vom 12.5.1959 (SAG 32 (1960) S. 219 ff, 220.

b. Andere Entscheidungen begründen den Durchgriff auf dieser rechtlichen Grundlage ausführlicher, so etwa das Urteil vom 11.12.1945 [132], in dem das BG feststellt, daß für die Frage der Erstreckung des Konkurrenzverbotes des Hauptgesellschafters von abhängigen Strohmanngesellschaften der Betrieb einer Einmanngesellschaft, Tochtergesellschaft oder Strohmannsgesellschaft für die herrschende Person nicht als ein "fremder" Betrieb gilt. Das BG will damit einer zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstituts der AG zur Beschränkung der Vertragspflicht begegnen. Die Frage, ob der Einmanngesellschafter, der Bürge für die Schuld seiner Gesellschaft war, nach Bezahlen der Forderung einen Ausgleichsanspruch nach OR 148 habe, hat das BG im Urteil vom 24.1.1927 [133] verneint unter Berücksichtigung der "besonderen, für das Zusammenwirken der Parteien maßgebenden Umstände, speziell aus der Interessenlage und aus dem Zweck des Verpflichtungsgeschäfts". Maßgebender Gesichtspunkt war für das BG das Selbstschuldnerinteresse des Einmanngesellschafters. Die starke Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage fällt auf, wenn man die schweizerische Rechtsprechung zum Durchgriffsproblem mit der deutschen vergleicht. Das zeigt sich auch in der Entscheidung vom 22.1.1946 [134], in der ein Durchgriff für die Fälle bejaht wird, in denen die Umgehung z.B. eines Konkurrenzverbotes mit Hilfe einer juristischen Person einen Rechtsmißbrauch darstellen oder im Ergebnis eine offenkundige Verletzung legitimer Interessen bedeuten würde. Dabei

132) BGE 71 II 272 (274)
133) BGE 53 II 25 (31), dazu unten Kapitel 8.
134) BGE 72 II 67 (76).

stellt das Urteil fest (s. 77), daß die Interessen des Einmanngesellschafters oder der Gesellschaft niemals einen Durchgriff rechtfertigen können, da die Rechtsprechung gerade einen Mißbrauch dieser Art verhüten wolle [135].

c. In der schweizerischen Literatur findet sich eine Anzahl einschlägiger Untersuchungen.

Fehr [136] befaßt sich mit der Frage des Durchgriffs im Rahmen von Rechtsgeschäften und von den Haftungsverhältnissen bei der Einmanngesellschaft. Er geht von der grundsätzlichen Trennung der beiden Rechtssubjekte (Einmanngesellschaft und Gesellschafter) aus und prüft von Fall zu Fall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, wann eine Identität zwischen beiden vorliegt. Schneebeli [137] befürwortet ebenfalls, die Lösung des Problems bei der Einmanngesellschaft von Fall zu Fall unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu suchen, um eine Beugung materiellen Rechts unter Ausnützung der formellen Rechtslage zu verhindern. Insoweit führt er jedoch tiefer in das Problem ein, als er für die Entscheidung der Frage die jeweilige Interessenlage ausschlaggebend sein läßt.

Von der Interessenlage geht auch der Vorschlag Schönles [138] aus. Er vergleicht die Interessenlage bei der Einmanngesellschaft in jedem Fall mit der, die bei Vorliegen einer Mehrmanngesellschaft gegeben wäre. Er kommt bei der Einmanngesellschaft zum Durchgriff, wenn keine "Interessenaequivalenz", wie er es nennt, vorliegt. Damit hat er die Abwägung

135) Dazu unten Kapitel 9.
136) S. 71 ff, 76 ff.
137) S. 115.
138) Diss. S. 110 ff, deutlicher in SAG 1960/111 f.

der Interessenlage zu dem entscheidenden Gesichtspunkt für den Durchgriff gemacht und ausschließlich nach diesem einheitlichen Gesichtspunkt entschieden. Sein Ausgangspunkt ist freilich zu eng gewählt, weil er lediglich die besondere Interessenlage bei der Einmann- und Strohmanngesellschaft prüft und sie an der Interessenlage bei der Mehrmanngesellschaft mißt. Er prüft jedoch nicht, ob die Interessenlage bei der Mehrmanngesellschaft stets die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit dieser juristischen Person zuläßt. Seine Untersuchung berücksichtigt nicht, daß das Durchgriffsproblem sich bei allen juristischen Personen stellt. Diese zu enge Ausgangslage erklärt sich aus seiner Ansicht [139], daß die Einmanngesellschaft im Gegensatz zu den andern Kapitalgesellschaften keine volle Rechtsfähigkeit besitze, weil die Einmanngesellschaft weder eine echte Körperschaft noch gewohnheitsrechtlich als juristische Person anerkannt sei. Er arbeitet nicht mit den Rechtssätzen von Treu und Glauben und vom Rechtsmißbrauch, sondern er will unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Wege der Analogie bzw. des Umkehrschlusses die Vorschriften über fiduziarische Rechtsgeschäfte vor denen über die juristischen Personen anwenden. Die Rechtsprechung des BG ist der Auffassung Schönles jedoch nicht gefolgt, sondern erkennt im Urteil vom 12.5.1959 [140] die Einmanngesellschaft als Rechtsperson an und hebt für die Beurteilung des Durchgriffs auf Treu und Glauben und den Rechtsmißbrauch ab.

139) Anders Fehr, S. 48 und Schneebeli S. 104.
140) SAG 32 (1960) / 219 ff.

Zwischen diesen Meinungen steht die von Schucany [141], der zwar anerkennt, daß die Einmanngesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, aber einen Durchgriff durch die Rechtsform der Einmanngesellschaft und der Tochtergesellschaft nicht nur nach den Grundsätzen von Treu und Glauben anwenden will, sondern stets dann, wenn durch die doppelte Rechtspersönlichkeit die Rechte von Drittpersonen verletzt oder gefährdet sind, die sonst gewahrt würden. Freilich dürften die Interessen der Gesellschaftsgläubiger durch die Gleichstellung nicht beeinträchtigt werden. Für die abhängige Gesellschaft [142] vertritt er dagegen andere - engere - Grundsätze. Unter Ablehnung der strengen und der modifizierten Einheitlichkeitstheorie hält er die Mißachtung der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person dann für gerechtfertigt, wenn sie einer Gesetzesumgehung, einem Rechtsmißbrauch, einem sonstigen Handeln gegen Treu und Glauben oder einem sittenwidrigen Verhalten dienen soll [143]. Er wendet verschiedene Maßstäbe an, was nicht richtig sein kann [144]. Die für Einmanngesellschaften vertretene Auffassung ist zu weit, da die Verletzung oder Gefährdung von Rechten Dritter allein noch keinen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person rechtfertigt, vielmehr eine Abwägung der beteiligten Interessen erforderlich macht. Auch diese Auffassung bildet ein Gegenstück zu der zu engen Mißbrauchslehre Sericks. Egger [145] behandelt das Problem - anders als Schucany - einheitlich. Er geht zutreffend von einem Zweckbegriff der juristischen

141) § 625 OR N 4.
142) Die er auch Tochtergesellschaft nennt.
143) § 620 N 9.
144) Siehe oben S. 42 ff.
145) Kommentar zum ZGB Vorbemerkung vor § 52 N 10.

Person aus, weil nämlich die rechtliche Verselbständigung nirgends schlechterdings durchgeführt wäre, vielmehr eine Stufenfolge der rechtlichen Verselbständigung der Personenvereinigungen von der Gemein-schaft an herführe und sich auch hier fortsetze. Er verwirft damit die dualistische Lehre, die wir schon oben kennengelernt haben [146]. Durchbrechungen der Personifizierung sind möglich, "wenn und soweit wesentliche Interessen entgegenstehen" [147]. Diese Formel Eggers ist noch wenig konkretisiert und daher als Handhabe für den Durchgriff ungeeignet. Eine gewisse Ergänzung stellt die spätere Bemerkung Eggers dar, daß der Richter den Durchgriff vollziehen müsse, "wenn die Identität der Interessen die Identifizierung von Verein und Mitglied fordert" [148]. Danach will Egger offensichtlich die im konkreten Fall beteiligten Interessen abwägen. Einer subjektiven Voraussetzung (Schädigungsabsicht) bedarf es nach seiner Ansicht im Grundsatz nicht.
Besonders verdienstvoll ist die Stellungnahme Siegwarts, der in einer Rektoratsrede aus dem Jahre 1935 das Problem unter dem Gesichtspunkt der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten behandelt [149, 150]. Er führt die erörterten Durchgriffsfälle auf den gemeinsamen Ausgangspunkt zurück, daß bei ihnen in der Beachtung der Rechtsform jedesmal ein Verstoß gegen die Zweckordnung des Rechtes liegen würde (S. 21). Dabei kann der Verstoß einmal in einem mit Hilfe einer juristischen Person simulierten Rechtsgeschäft bestehen; zum andern, praktisch weitaus häufiger,

146) Siehe oben S. 28 ff.

147) Kommentar z. ZGB Artikel 52 N 5.

148) Kommentar z. ZGB Artikel 52 N 6.

149) Wobei er vor allem, aber nicht ausschließlich das Durchgriffsproblem, also die zweckwidrige Verwendung der Rechtsform der j u r i s t i s c h e n P e r s o n behandelt.

150) Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten Freiburg i. Schw. 1936.

in einer mißbräuchlichen Verwendung des Instituts liegen. Im ersteren Fall sei eine Abwehr "von innen her", im zweiten Fall "von aussen her" geboten (S. 28). Festzuhalten ist dabei, daß er für die zweite, ungleich wichtigere Fallgruppe den Durchgriff stets nach der jeweiligen Interessenlage lösen will und Hinweise für die im Einzelfall auftretenden Interessenkonflikte gibt.

Die Untersuchung Siegwarts ist deshalb so interessant, weil Siegwart den richtigen Ausgangspunkt gewählt hat. Die von ihm benützte Formel, daß die juristischen Personen "nicht zweckwidrig verwendet" werden dürfen, deckt sich mit dem vom BGH entwickelten Satz, daß die Verwendung der juristischen Person nicht gegen die "Zwecke der Rechtsordnung" verstoßen dürfe. Seine Hinweise zur Lösung des Problems erweisen sich daher als fruchtbar auch für das deutsche Recht.

2 a. In Österreich begegnet uns ebenfalls - wie in Deutschland und in der Schweiz - der Versuch, das Durchgriffsproblem mit Hilfe von wirtschaftlichen Begriffen zu lösen. So entschied der OGH im Urteil vom 24.3.1932 [151], daß für die Klage gegen eine ausländische AG ein österreichisches Gericht zuständig sei, weil die AG der einzige Gesellschafter einer GmbH war, die eine Forderung gegen einen inländischen Schuldner besaß; denn, so sagt der OGH, die Forderung stand "wirtschaftlich" der beklagten AG zu. Diese Begründung wurde von Bettelheim [152] abgelehnt. Später (im Urteil vom 9.6.1954) [153] hat der OHG seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben, da die wirtschaftliche Betrachtungs-

151) ZBL. 1932/83 ff.
152) ZBL. 1932/381 f, in einer Urteilsanmerkung.
153) ÖJBL. 1954/515.

weise zwangsläufig auch zu einer persönlichen Haftung des Einmanngesellschafters führen würde. Der OGH hat also die Gefahr erkannt. Er hat es schon im Urteil vom 8.2.1933 [154] abgelehnt, für die deliktische Schuld einer konzernangehörigen Gesellschaft ihre Schwestergesellschaft, eine AG, haften zu lassen, weil der Begriff des Konzerns nur ein wirtschaftlicher Begriff sei und seine rechtlichen Wirkungen von der gewählten Rechtsform abhingen. In der Entscheidung der ORK vom 19.7.1952 taucht die wirtschaftliche Betrachtungsweise noch einmal auf [155], wird jedoch in anderen Urteilen des OGH [156] und der ORK [157] abgelehnt. In dem von Rauscher-Kastner [158] dargestellten Fall aus dem Rückstellungsrecht wurde ein Durchgriff mangels entgegenstehender Interessen bejaht.

b. Im österreichischen Schrifttum ist wie im deutschen und schweizerischen eine Entwicklung erkennbar, in deren Verlauf der Einfluß der Theorien zum Wesen der juristischen Person, hier vor allem der Körperschaftstheorie, überwunden wird [159]. Während Unger [160] und Mayr [161] noch wesentlich auf die Fiktions- bzw. Körperschaftstheorie abheben, stellt bereits Staub-Pisko [162] klar, daß die

154) GH 1933/82.

155) JBl. 1952/596.

156) Urteil vom 31.8.1950, JBl. 1951/438, sinngemäß auch im Urteil vom 7.3.1951, JBl. 1952/38 f.

157) Entscheidung vom 30.6.1950, JBl. 1950/584.

158) § 2 Ziff. 3 S. 101.

159) Siehe oben S. 26 f und 45 ff.

160) System des ö. allgem. Priv. Rechts 1868, 314 ff.

161) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1922, S. 133.

162) Kommentar zum Allg. Dt. HGB 1908, Artikel 216.

juristische Person nicht Selbstzweck sei, sondern nur für und durch ihre Mitglieder existiere. Eine völlige Abkehr von einem Lösungsversuch aus dem so umstrittenen Wesen der juristischen Person zeigt die Bemerkung Ehrenzweigs [163], daß für die Frage der Deliktshaftung der juristischen Person keine "theoretischen Spitzfindigkeiten" sondern "zwingende wirtschaftliche Erwägungen" maßgebend seien. Die Schriftsteller halten für wesentlich, daß die juristische Person eigenes Vermögen hat und vom Mitgliederwechsel unabhängig ist [164]. Diese Merkmale sind freilich auch im österreichischen Recht nicht immer und nicht ausschließlich die Kennzeichen der juristischen Person, man kann auch hier vielmehr nur von einer Stufenfolge der rechtlichen Verselbständigung sprechen [165]. Im übrigen finden sich in der österreichischen Literatur höchstens Ansatzpunkte für die Lösung des Durchgriffsproblems. So erklärt Ehrenzweig [166], daß die Loslösung der Körperschaft von den Rechtskreisen ihrer Mitglieder nicht mit unerbittlicher Folgerichtigkeit durchgeführt werden dürfe. Hämmerle fordert bei dem Haftungsdurchgriff bei Konzerngesellschaften einen besonderen Rechtsgrund [167], der die Gleichsetzung erlaube. Bei der Einmanngesellschaft geht er von der grundsätzlichen Vermögenstrennung aus und beruft sich für den Durchgriff auf Ausnahmen, die die Rechtsprechung (vor allem die deutsche) "in gewissen Beziehungen" gemacht habe [168].

163) System des ö. allgem. Priv. Rechts, Allgemeiner Teil, S. 207.

164) So bei Mayr, S. 133, Ehrenzweig, S. 193, vgl. dazu die Beschränkung auf Vermögensrechte, oben Kapitel 3.

165) So ist z.B. auch der nicht rechtsfähige Verein österr. Rechts vom Mitgliederwechsel unabhängig, siehe oben Anm. 159.

166) S. 194.

167) S. 675.

168) S. 681.

Vergleicht man die erzielten Ergebnisse, so zeigt sich, daß die Auffassung in der Schweiz wichtige Hinweise für die Behandlung des Durchgriffsproblems geben konnte, daß dagegen der Stand der österreichischen Literatur und Rechtsprechung hinter dem in Deutschland und der Schweiz etwas zurückbleibt.

5. Kapitel: Die eigene Auffassung

1. Die Rechtsfähigkeit ist kein natürliches Attribut des Menschen oder der Personenverbände, sondern beruht auf der Verleihung durch Gesetz oder besonderen Rechtsakt [1]. Die Rechtsordnung verfolgt mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit so gut wie mit jedem andern Rechtssatz einen bestimmten Zweck. Sie ordnet und bewertet diese Zwecke und schafft damit eine Z w e c k - o r d n u n g d e s R e c h t s , die dazu dient, die Beziehungen der Menschen untereinander gerecht zu regeln. Wird nun die rechtliche Selbständigkeit von Personen zu einem andern als dem ihr von der Rechtsordnung zugedachten Zweck gebraucht, so kann dies zu einem ungerechten Ergebnis führen, da diese Anwendung gegen die Zweckordnung des Rechts verstößt. Eine solche zweckwidrige Verwendung beim Gebrauch der den natürlichen Personen verliehenen Rechtsfähigkeit wird kaum praktisch werden, weil die Rechtsordnung diese Rechtsfähigkeit als ein rechtsethisches Gebot betrachtet und derart hoch bewertet, daß sie keiner Einschränkung unterliegt. Anders bei der Rechtsfähigkeit juristischer Personen. Sie dient dazu, im Rahmen der Rechtsordnung den hinter der juristischen Person stehenden Menschen gewisse Vorteile zu verschaffen. Dieser Zweck wird weit weniger hoch bewertet. Die zweckwidrige Verwendung der Rechtsform der juristischen Person kann sich darin zeigen, daß der Zweck einer andern Rechtsnorm hierdurch im Ergebnis verletzt wird. Diese Verletzung des Normzwecks kann aber nicht ausschlaggebend sein, denn von dieser Warte aus läßt sich nicht entscheiden,

1) Konzession bei gewissen juristischen Personen, sog. Konzessionssystem.

ob der Zweck dieser Norm die Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person gebietet oder ob umgekehrt diese Rechtsform die Mißachtung des Normzwecks verlangt. Auch der andere Weg ist nicht gangbar, daß man allein auf das Verhältnis der Rechtsform der juristischen Person zu den einzelnen Rechtsgebieten, z.B. Schuldrecht, Gesellschaftsrecht, Prozeß- und Vollstreckungsrecht, abhebt, denn dieses Verhältnis darf nicht isoliert betrachtet werden [2]. Vielmehr muß beachtet werden, daß sowohl die Normen dieser Rechtsgebiete als auch die über die Rechtsform der juristischen Person gleichzeitig in einem von

2) Das zeigt am besten folgender Fall, den das schweizerische BG zu entscheiden hatte (Urteil vom 11.12.1926, BGE 52 I 377): Jemand gründet eine rechtsfähige Familienstiftung, die ihren Sitz im Kanton Zug hat und überträgt ihr einen Teil seines Vermögens. Der Gründer selbst wohnt in Zürich und hat die Stiftung ausschließlich zu dem Zweck ins Leben gerufen, damit das Stiftungsvermögen nicht seinem in Zürich steuerpflichtigen Vermögen zugerechnet werden kann. Wollte man hier davon ausgehen, daß der Sitz der Stiftung ein verfahrensrechtlicher (ähnlich: auch materiell-rechtlicher) Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeitsregelung ist, also allein auf die "formal"-rechtliche Gestaltung abhebt, so käme man zu dem ungerechten Ergebnis, daß das Stiftungsvermögen von der Steuerpflicht ihres Gründers im Kanton Zürich nicht erfaßt würde. Indessen wird gerade das formal-rechtliche Verhältnis, nämlich daß der Sitz der Stiftung nur Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der Steuerbehörde ist, dazu verwendet, einen materiellen Erfolg auf einem ganz anderen Rechtsgebiet, nämlich die Verringerung der Steuerpflicht herbeizuführen. Das BG hat deshalb das Stiftungsvermögen bei Bemessung der Steuerschuld ihres Gründers in Zürich zu Recht mitberücksichtigt. Ähnlich der vom BG im Urteil vom 18.10.1906, BGE 32 I 630 ff entschiedene Fall, bei dem ein nicht im Kanton Niedwalden wohnhafter Schweizerbürger eine AG mit Sitz in Niedwalden gründet, ausschließlich zu dem Zweck, die für einheimische Aktiengesellschaften günstigeren Steuergesetze in Anwendung zu bringen. Das BG hat auch hier die Rechtspersönlichkeit der AG nicht anerkannt.

der Rechtsordnung bewerteten Zweckverhältnis zu den anderen Normen steht und sich häufig daraus erst die für den Durchgriff wesentlichen Gesichtspunkte ergeben. Der Maßstab, mit dem der Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Person gemessen werden muß, kann also nur an der Zweckordnung des Rechts selbst angelegt werden, durch die der Zweck dieses Rechtsinstituts gerecht bewertet wird.

2) Damit ist freilich erst der Ausgangspunkt für einen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person gewonnen. Es muß nunmehr ein Schema entwickelt werden, das in jedem Einzelfall anwendbar ist und das gewährleistet, daß kein entscheidender Gesichtspunkt bei der Prüfung des Durchgriffs übersehen wird. Dieses Prüfungsschema ergibt sich in Vollzug des oben entwickelten Gedankens und baut sich nach folgenden Gesichtspunkten auf:

a) Prüfung der Stellung der Rechtsform der juristischen Person zu der Zweckordnung des Rechts.
b) Prüfung der Verlagerung der Zweckverhältnisse im konkreten Fall.
c) Wiederherstellung der Zweckordnung (Durchgriff).

Zu a):
Diese Prüfung bildet die Basis für den Durchgriff im Einzelfall, sie schafft Klarheit darüber, wie die Rechtsordnung die juristische Person bewertet. Dabei wird von den Besonderheiten des einzelnen Falles abgesehen, es wird vielmehr die Stellung des einzelnen gesetzlichen Typus der juristischen Person (AG, GmbH usw.) im Rahmen der Zweckordnung geprüft. Es wird an Hand der speziellen Rechtssätze des Korporationsrechts zu untersuchen sein, welche gesetzgeberischen Zwecke

mit der Rechtsform der juristischen Person verfolgt werden, und mit welcher Intensität der Gesetzgeber sie in den verschiedenen Rechtsformen durchsetzt. Dabei wird man davon ausgehen können, daß der Gesetzgeber zu Gunsten der hinter der juristischen Person stehenden Menschen, also meist zu Gunsten der Mitglieder, eine Verselbständigung der rechtlichen Zuständigkeit dieser Verbände erzielen wollte und zwar im Gegensatz zu den nicht- oder nichtvollrechtsfähigen Personenverbänden [3] in genereller Weise durch Verleihung der "vollen" Rechtsfähigkeit, soweit nicht aus dem Verhältnis dieser Regelung ein anderer Wille des Gesetzgebers erkennbar wird. Mit welcher Intensität der Gesetzgeber diese Rechtsfähigkeit der juristischen Person durchsetzt, muß an jeder einzelnen gesetzlichen Norm an Hand der oben erörterten Organisationselemente geprüft werden. Bei der Auslegung der korporationsrechtlichen Normen darf auch berücksichtigt werden, daß sich für einzelne Fragen ein allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts zu bilden beginnt [4]. Auch kann bei der Auslegung der Normen der besondere Charakter des Handelsrechts etwa gegenüber dem Schuldrecht berücksichtigt werden, soweit es sich um handelsrechtliche juristische Personen handelt.

Ist geprüft, wie die Rechtsordnung den Zweck des zu prüfenden Typus der juristischen Person bewertet, so ist dieser Zweck gegen die Normzwecke anderer Vorschriften abzuwägen. Bei der Frage, w e l c h e andere Normen hier zu prüfen sind, kann sich der Richter vom Ergebnis des Einzelfalles leiten lassen. Meist wird sich das Empfinden, daß die Anwendung der Rechtsform der juristischen Person im Einzelfall ungerecht wäre, dahin klären lassen, daß die Anwendung in Beziehung zu einer bestimmten Rechtsnorm ungerecht ist, also gegen den Zweck dieser Norm verstößt.

3) Siehe oben, S. 27 ff.
4) Vgl. hierzu Schilling, öJZ. 1958/146 ff.

Hier ist jedoch zu beachten, daß diese Normen in entsprechender Weise auszulegen sind. Es ist also zu prüfen, wie die Rechtsordnung diesen Normzweck bewertet und welche Funktionen sie dieser Norm beilegt. Es ist der Zweck der Norm, ihre Stellung im besonderen Rechtsgebiet, aus dem sie entnommen ist, die Besonderheit dieses Rechtsgebietes zu beachten und danach zu ermitteln, welchen Wert die Zweckordnung der Rechte dieser Norm beilegt. Die Normzwecke werden gegeneinander abgewogen, wobei der höherwertige Zweck im Konfliktfall den andern Normzweck einschränkt.

Das entsprechende gilt, wenn es sich um den Konflikt mit einer rechtsgeschäftlichen, vor allem einer vertraglichen Vorschrift handelt. Auch sie muß sich im Rahmen der Zweckordnung des Rechtes halten. Wird bereits an dieser Stelle erkannt, daß eine Norm auf einen gesetzlichen Typus von juristischen Personen grundsätzlich nicht anwendbar ist, weil der Normzweck so wichtig ist, daß er auch nicht mittelbar mit Hilfe der rechtlichen Verselbständigung der juristischen Person beeinträchtigt werden darf, so ist damit ein Normanwendungsproblem [5] gegeben. Es geht daher der Prüfung des Durchgriffs stets die Prüfung voraus, ob die Norm überhaupt auf juristische Personen anwendbar ist. Erst wenn diese Frage bejaht wird, kann weiter gefragt werden, ob die Norm auf juristische Personen auch in jedem Fall anwendbar ist.

Zu b):
Nunmehr wird der Richter prüfen, inwieweit sich die gesetzlichen Zweckverhältnisse im besonderen Fall verlagert haben. Er wird dabei die Beziehungen der hinter der juristischen Person stehenden Personen zu

5) Siehe oben, Kapitel 2.

dem Dritten unter dem Gesichtspunkt der gestuften Rechtsmacht [6] prüfen. Hinter der juristischen Person können auch andere Personen als ihre Mitglieder stehen. So kann etwa die Konzernspitze gegenüber Dritten, die mit ihrer "Enkel"-Gesellschaft in Rechtsbeziehungen stehen, eine Rechtsmacht sozusagen dritter Stufe erhalten. Sie kann beispielsweise auf Grund ihres Einflusses bei der Tochtergesellschaft auch einen Druck auf die von der letzteren abhängigen Enkelgesellschaft und deren Rechtsbeziehungen ausüben. Auf andere indirekte Weise kann ein Großgläubiger Einfluß auf die juristische Person gewinnen und daher ebenfalls im Verhältnis zum Dritten eine gesteigerte Rechtsmacht über die juristische Person erlangen. Wird aber durch die besondere Ausgestaltung der juristischen Person im Einzelfall die gestufte Rechtsmacht der hinter ihr stehenden Menschen verstärkt, so ergibt sich daraus eine Zweckverlagerung im Rahmen der Zweckordnung des Rechts, die eine neue Zweckabwägung erforderlich macht. Das hat das Gesetz in den seltensten Fällen im Rahmen von Spezialbestimmungen getan. Die meisten Spezialregelungen sind jedoch das Ergebnis einer nur für den Normalfall getroffenen Zweckabwägung.

Zu c):
Hier muß der Richter die Zweckabwägung vornehmen. Er muß hierbei die Wertmaßstäbe beachten, die der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Zweckordnung verwendet hat. Das hat zur Folge, daß im Einzelfall um der Einhaltung der Zweckordnung willen der Wortlaut der einzelnen Vorschrift unbeachtet bleiben darf.

6) Siehe oben S. 43

Die Handhabe hierfür bieten die allgemeinen Rechtssätze, die generell Grenzen für die Rechtsausübung darstellen. Gemeint sind das Schikaneverbot des § 226 BGB, das Verbot der Gesetzesumgehung, das Verbot des Rechtsmißbrauchs, das allgemeine Gebot der Rechtsausübung nach Treu und Glauben. Die Anwendung dieser Regeln setzt voraus, daß in der Rechtsausübung durch die juristische Person zugleich eine Rechtsausübung durch die hinter ihr stehenden Personen gesehen werden kann. Sonst kann allenfalls die Gründung einer juristischen Person zur Umgehung eines Norm- oder Vertragszweckes eine unzulässige Rechtsausübung oder ein Handeln gegen Treu und Glauben sein, nicht aber Handeln der juristischen Person [7]. Die Anwendung der Generalnormen setzt also die Anerkennung einer gestuften Rechtsmacht voraus. Es ist zweckmäßig, von einem möglichst weit gefaßten allgemeinen Rechtssatz auszugehen, um nicht das Problem künstlich einer einseitigen Beurteilung zuzuleiten. Als geeigneter Rechtssatz bietet sich der Satz vom Handeln nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an. Er ist weiter als das Schikaneverbot des § 226, auch weiter als das Verbot der Gesetzesumgehung und des Rechtsmißbrauchs, die beide - mindestens nach einem Teil der Lehre - eine Umgehungs- bzw. Mißbrauchsabsicht voraussetzen.

3. Nunmehr muß nach einem einheitlichen Kriterium für die Bewertung der Zwecke gesucht werden. Dieses Kriterium kann in den beteiligten Interessen gefunden werden. Es wird davon ausgegangen, daß die Rechtsordnung den Zweck des Interessenschutzes hat. Hat sie sich zur Aufgabe gemacht, die I n t e r e s s e n gerecht zu ordnen, so ist das ebenso die Aufgabe

7) Diese Folgerung hat auch das RG in RGZ 142/219 ff (221) gezogen. Vgl. oben Kapitel 4, S. 24

des Richters, da, wo ihm der Gesetzgeber durch allgemeine Rechtssätze die Handhabe gibt, die gesetzliche Ordnung im Einzelfall zu verwirklichen, nämlich hier bei der Festlegung der Grenzen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen. Der Richter muß im Einzelfall die Interessen abwägen, also ein Werturteil fällen. Welche Gesichtspunkte ausschlaggebend sein können, soll hier im allgemeinen Teil ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgezählt werden. Die nachfolgende Aufzählung stützt sich dabei auf die von Siegwart in seiner Rektoratsrede [8] getroffenen Unterscheidungen:

a) Ausschlaggebend kann der innere Wert des angegriffenen Interesses sein. Es kann sich um ein individuelles oder um ein allgemeines Interesse handeln. Nicht alle gefährdeten Interessen sind gleichwertig.

b) Es ist zu prüfen, ob der Träger des verletzten Interesses in der Lage gewesen wäre, sich selbst zu schützen.

c) Wert und Schutzwürdigkeit der Interessen des Angreifers sind zu berücksichtigen.

d) Manche Interessen sind so wichtig, daß bereits ihre objektive Verletzung das Einschreiten zu ihrem Schutz erfordert. In anderen Fällen bildet erst die subjektive Vorwerfbarkeit das Zünglein an der Waage.

e) Zu beachten sind auch entferntere, mittelbare Interessen.

f) Ausschlaggebend kann auch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit sein. Es gibt Gebiete der Rechtsordnung, in denen dieses Bedürfnis nach Sicherheit größer ist als bei andern, größer z.B. im Prozessrecht, bei abstrakten Rechtsgeschäften.

8) S. 32 ff, vgl. oben Kapitel 4 S. 52 f.

g) Bedeutsam ist auch, welche Folgen der Durchgriff hat. Ein Durchgriff mit schwerwiegenden Folgen bedarf einer stärkeren Begründung als ein leichter Eingriff. Werden von den Folgen Außenstehende betroffen, so kann gegebenenfalls der Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit ausschlaggebend sein.

B. BESONDERER TEIL

Vorbemerkung

Der allgemeine Teil hat damit abgeschlossen, daß ein einheitlicher Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung der Durchgriffsfälle zu entwickeln versucht worden ist. Es wurde empfohlen, die beteiligten Interessen festzustellen und zu bewerten. Auf diese Weise sollen in dem besonderen Teil einige Durchgriffsfälle untersucht werden. Dabei soll in jedem Kapitel eine typische Interessengruppe im Vordergrund stehen und untersucht werden, wann zu ihren Gunsten durchgegriffen werden darf. Es wird dabei davon ausgegangen, daß die juristische Person selbst keine eigenen Interessen vertritt, da sie nur eine Zweckschöpfung des Rechts ist, die ausschließlich fremden Interessen zu dienen bestimmt ist.

6. Kapitel: Schutz der Interessen der Gläubiger der juristischen Person

1. Die Haftung auf Grund der Gläubigerschutzvorschriften

Im Recht der AG und der GmbH gibt es besondere Vorschriften, die die Schaffung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens gewährleisten sollen [1]. Sie dienen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger, denen das Gesellschaftsvermögen - und grundsätzlich nur dieses - nach den §§ 48 Abs. 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG haftet. Dabei schützen diese Vorschriften das Gesellschaftsvermögen nur in einer Richtung, nämlich vor schädigenden Maßnahmen der Gesellschafter. Es kann also sein, daß das Gesellschaftsvermögen z.B. infolge ungünstigen Geschäfts-

1) Vgl. Drobnig, S. 9 ff.

ganges geringer wird als das statutarisch bestimmte Grund- bzw. Stammkapital. Im einzelnen ist dabei folgendes zu erwähnen: Hat der A k t i o n ä r bösgläubig gesetzwidrige Zahlungen von der Gesellschaft erhalten, so wird der Satz der Haftungstrennung durchbrochen, und der Aktonär haftet den Gläubigern mit seinem Privatvermögen (§ 56 AktG). Der Gesellschafter einer G m b H ist in diesem Fall nur der Gesellschaft gegenüber rückerstattungspflichtig (§§ 30, 31 GmbHG). Die Regelung im österreichischen und schweizerischen Recht entspricht dem deutschen Recht - mit einer Ausnahme: Hat ein Aktionär des schweizerischen Aktienrechts böswillig gesetzwidrige Zahlungen der Gesellschaft erhalten, so hat die Gesellschaft gegen ihn einen Rückerstattungsanspruch, die Gesellschaftsgläubiger jedoch keinen direkten Zugriff. Das österreichische Aktienrecht dagegen gewährt dem Gläubiger einen Anspruch gegen den Aktionär, das GmbH-Recht beider Staaten gibt der Gesellschaft einen Rückerstattungsanspruch gegen ihren Gesellschafter[2].

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der Gesellschafter sein Vermögen mit dem der Gesellschaft untrennbar v e r m i s c h t ? Einen Fall der Vermögensmischung entschied der 8. Senat des BGH[3]: Eine Frau war Eigentümerin eines Hausgrundstücks und Inhaberin aller Anteile einer GmbH. Die Frau hatte das Grundstück erworben, um selbst darauf ein Bäckerei- und Lebensmittelgeschäft zu betreiben. Sie ließ dieses Gewerbe aber von einer GmbH betreiben, wobei sie ihr Privatvermögen mit dem Vermögen der Gesellschaft untrennbar verquickte, z.B. ihr Grundstück sowohl für eigene Schulden als für Schulden der Gesellschaft dinglich belasten ließ. Ein Gläubiger der Gesellschaft, der die Verhältnisse kannte,

2) Für die GmbH: § 83 öGmbHG, OR 806, für die AG: § 56 öAktG, OR 678.

3) Urteil vom 26.11.1957, WM 1958/460 ff.

machte geltend, daß die Einmanngesellschafterin (und ihr rechtsgeschäftlicher Vermögensnachfolger) nach Treu und Glauben persönlich haften müßten. Der BGH hat eine Mithaftung abgelehnt und dazu ausgeführt, daß die Vermögensvermischung allein noch keinen Durchgriff rechtfertige, daß vielmehr hierzu besonders qualifizierende Umstände gegeben sein müßten, nämlich - von bewußter Gläubigerbenachteiligung abgesehen - ein bewußter Mißbrauch der Rechtsform einer nicht mehr selbst lebensfähigen juristischen Person zur Fortführung der Geschäfte dann, wenn der Gesellschafter erkennt, daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten allein nicht mehr erfüllen kann. Drobnig schließt sich dieser Auffassung an [4]. Auch Serick hebt auf ein subjektives Element als Kriterium ab [5]. Für einen Haftungsdurchgriff allein auf der Grundlage des (objektiven) Tatbestands der Vermögensvermischung hat sich dagegen in dem soeben erwähnten Fall die Vorinstanz ausgesprochen, ebenso der 2. Senat des BGH im Urteil vom 29.11.1956 [6], Kuhn [7], Soergel-Siebert [8] und Hachenburg-Schilling [9].

4) S. 33.

5) Indem er einen Haftungsdurchgriff bei fraudulöser Gläubigerschädigung zuläßt. Rechtsform S. 46 Anm. 2.

6) BGHZ 22, 226 (230, 231).

7) Der im Anschluß an BGHZ 22/226 ff ausdrücklich darauf hinweist, daß subjektive Kriterien für den Durchgriff in diesem Fall nicht ausschlaggebend seien. WM 1959/986 (989).

8) Anm. 22 vor § 21 BGB, Siebert hat damit offensichtlich die noch in BB 1954/218 b (2) gemachten Einschränkungen (absichtliche Gläubigerbenachteiligung oder stillschweigender Haftungsverzicht) aufgegeben.

9) Anm. 6 zu Anh. nach § 13 GmbHG.

Eine abweichende Meinung vertreten schließlich Friedlaender [10], Baumbach-Hueck [11] und für das österreichische Recht Hämmerle [12], nämlich die, daß im Tatbestand der Vermögensmischung ein Verzicht des Gesellschafters auf die Haftungsbeschränkung zu erblicken sei.

a. Prüft man die Interessenlage, so ergibt sich im Fall der Vermögensvermischung eine Beeinträchtigung der Vermögensinteressen der Gesellschaftsgläubiger. Es ist nämlich möglich, daß der Gesellschafter von dem Gesellschaftsvermögen mehr für eigene Zwecke verwendet hat, als ihm an Gewinnanteilen zustehen würde. Andererseits ist es in anderen Fällen möglich, daß die Vermischung der Vermögensmassen zu einer Bereicherung des Gesellschaftsvermögens führt. Durch den Tatbestand der Vermögensvermischung allein werden die Gläubigerinteressen daher noch nicht verletzt, die im übrigen durch die oben erwähnten Gläubigerschutzvorschriften vor unerlaubten und schädigenden Handlungen der Gesellschafter geschützt werden. Will ein Gesellschaftsgläubiger in das vermischte Vermögen vollstrecken, so ergeben sich für ihn auch keine prozessualen Nachteile, da sich in diesem Fall der Gewahrsam der Gesellschaft auf das gesamte vermischte Vermögen erstreckt (§ 808 ZPO) und es den Gesellschaftern schwer fallen wird, bei der Verfolgung der Klage nach § 771 ZPO ein die Vollstreckung hinderndes Recht nachzuweisen.

Dagegen besteht eine G e f ä h r d u n g dieser geschützten Interessen. Sie kann je nach den Umständen des Falles größer oder kleiner sein.

10) S. 73.
11) Anh. 3 c zu § 34 GmbHG.
12) S. 681.

b. Entsprechend ist die Lage für die Gläubiger der Gesellschafterin. Grundsätzlich hat die Vermögenstrennung für diese Gläubiger zur Folge, daß sie auf das Vermögen der Gesellschaft nur einen indirekten Zugriff, nämlich über die Pfändung und Verwertung der Gesellschafteranteile haben und bei der Befriedigung im Range nach den Gesellschaftsgläubigern stehen, während ihnen das Vermögen der Gesellschafterin im übrigen direkt haftet. Die Vermögensvermischung kann für sie eine Bereicherung oder eine Schmälerung ihrer Rechte gegenüber dem Zustand bedeuten, der bei Vermögenstrennung bestanden hätte. Nur sind die Interessen der Gesellschaftergläubiger daran, daß der Gesellschafter sein privates Vermögen zu Gunsten der Gesellschaft benützt, im geltenden Recht nicht besonders geschützt, sondern nur ausnahmsweise z.B. bei der absichtlichen Gläubigerbenachteiligung. Die Interessen der Gesellschafterin in dieser Lage bedürfen keiner entscheidenden Berücksichtigung, da die Gesellschafterin die Vermögensvermischung selbst herbeigeführt hat und sich selbst hätte schützen können.

c. Als D u r c h g r i f f bietet sich nur der Weg an, das ganze vermischte Vermögen den Gesellschaftsgläubigern haften zu lassen. Er ist also ein massives und nicht nach den Besonderheiten des Einzelfalles varierbares Mittel. Er verschiebt die Interessenlage zu Ungunsten der Gesellschafterin und ihrer Gläubiger. Nach der Interessenlage rechtfertigt der Tatbestand der Vermögensvermischung allein noch keine derartige Benachteiligung der Gesellschaftergläubiger. Es kann zwar nicht ins Feld geführt werden, daß der Gesellschaftergläubiger in der Regel ja auch keine Möglichkeit hätte, zu verhindern, daß sich die Gesellschafterin rechtsgeschäftlich verpflichtet, mit dem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden zu haften (z.B. durch die Eingehung einer Bürgschaft). Denn hier

geht es um den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Der Durchgriff soll dagegen einen gerechten Interessenausgleich bringen und ist daher mit anderen Maßstäben zu messen. Er dürfte unter zwei Voraussetzungen möglich sein:

(1) wenn ein begründeter Verdacht dafür besteht, daß der Gesellschaft Vermögenswerte zu Gunsten des Gesellschaftervermögens entzogen worden sind, die keine Gewinnanteile oder sonstigen erlaubten Rückzahlungen sind.

(2) wenn der Gesellschafter nicht nachweist, daß er der Auffassung sein durfte, diese Vermögenswerte seien Gewinnanteile oder erlaubte Zinsen.

Diese besonderen Gründe wurden in Anlehnung an die Regelung des § 56 AktG formuliert. Der Unterschied zu § 56 besteht darin, daß nicht der einzelne Geschäftsvorgang, also die Rückzahlung einer bestimmten Summe, sondern die Vermögenslage nach den Umständen des Einzelfalles ausschlaggebend ist. Bei der Vermögensvermischung ist es nämlich unmöglich zu entscheiden, ob der einzelne Zahlungsvorgang eine unerlaubte Rückzahlung darstellt. Das wäre nur dann zweifelsfrei möglich, wenn der Zahlungsvorgang in einem Zusammenhang mit den sonstigen Geschäftsvorgängen gebracht werden könnte. Die einzelnen Geschäftsvorgänge lassen sich aber gerade nicht mehr trennen. Es kann nicht mehr festgestellt werden, ob z.B. die Gelder, die der Gesellschafter dem vermischten Vermögen entnimmt, private Gewinne sind, die er selbstverständlich an sich nehmen darf, oder Gesellschaftsmittel, die er nach den Gläubigerschutzvorschriften nicht anrühren darf. Sind dagegen Anzeichen dafür vorhanden, daß dem Gesellschaftsvermögen unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse, insbesondere der Geschäftsentwicklung mehr Vermögenswerte entzogen worden sind,

als durch erlaubte Gewinnanteile usw. dem Gesellschafter hätten zufließen dürfen, dann greift infolge der vergleichbaren Interessenlage § 56 AktG analog ein. § 56 will verhüten, daß ersatzlos Vermögenswerte der Gesellschaft unerlaubt an den Gesellschafter zurückfließen. Ein Indiz für eine derart unzulässige Rückführung von Vermögenswerten an den Gesellschafter liegt beispielsweise dann vor, wenn der Geschäftsvorgang der Gesellschaft gut, die Erträgnisse jedoch gering waren, während umgekehrt die Einnahmen, die der Gesellschafter aus anderen Quellen hatte, in auffälligem Verhältnis geringer waren als die Ausgaben für private Zwecke.
Sind derartige Anzeichen vorhanden, so besteht der begründete Verdacht, daß die Gläubiger des Gesellschafters im Vergleich zu der Lage bei Vermögenstrennung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besser stehen, daher ist es gerechtfertigt, ihre Interessen zu Gunsten derjenigen der Gesellschaftsgläubiger im Wege des Durchgriffs zu schmälern [13].

13) Zu weit ist danach die Auffassung, die der öOGH in ZBl 32/380 f vertreten hat, daß die Zuständigkeit des Inlands nach § 99 IN (Gerichtsstand des Vermögens) bei der Klage gegen eine ausländische AG gegeben ist, selbst dann, wenn diese kein eigenes Vermögen im Inland, aber alle Anteile einer GmbH mit Inlandsvermögen besitzt. Ähnlich ORK in öJBl 1952/516. Die Interessen des Gläubigers gebieten hier keinen Durchgriff, da er - der Kläger - die Klage im Ausland erheben kann. Der OGH hat diese Rechtsprechung in JBl 1954/515 aufgegeben, ebenso KG West RzW 1953/275. Eine echte Gläubigerschädigung kann u.U. in folgendem Fall gegeben sein: Eine Gesellschaft wird in einem ausländischen Staat mit großzügigen Gründungsbestimmungen gegründet. Sie verlegt alsbald ihren Sitz ins Inland. Beides dient der Umgehung der schärferen Gläubigerschutzvorschriften im Inland. Vgl. RGZ 100/210. Das RG hebt darin freilich nicht auf die (etwas anders gelagerten) Interessen ab.

Die Interessenlage ist bei der GmbH nicht anders zu beurteilen als bei der AG; auch bei der GmbH ist es deshalb am Platze, das gesamte Gesellschaftervermögen in solchen Fällen den Gesellschaftsgläubigern haften zu lassen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß das GmbHG in den §§ 30,31 eine direkte Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht anordnet. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß es erforderlich ist, die Grenzen für einen Durchgriff zugunsten der Gesellschaftsgläubiger weiter zu ziehen, als es der BGH in der erörterten Entscheidung getan hat. Das folgt daraus, daß der BGH zu Unrecht nur die Grundgedanken der Gläubigerschutzvorschriften des Konkurs- und Anfechtungsrechtes heranzog, die Grundgedanken der gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften jedoch nicht verwendete.

Ähnlich ist die Lage, wenn der Gesellschafter die Gefahr herbeiführt, daß die Gläubiger im Geschäftsverkehr seinen Namen mit dem der Gesellschaft v e r w e c h s e l n können. Das OLG Nürnberg hat am 26.5.1955 [14] über einen solchen Fall entschieden. Dort hatte ein Textilgroßhändler in den gleichen Räumen seinen eigenen Geschäftsbetrieb und den einer von ihm gegründeten GmbH für Textilgroßhandel. Er war zugleich Bevollmächtigter der GmbH. Im Firmennamen der GmbH war sein Name mit dem Gesellschaftszusatz enthalten. Er hatte einen Wechsel ausgestellt, den er mit dem Namenszug unterschrieben und mit dem Stempel der Gesellschaft versehen hatte. Als ein Gesellschaftsgläubiger die Gesellschaft aus dem Wechsel in Anspruch nehmen wollte, klagte der Gesellschafter nach § 771 ZPO und behauptete, der Wechsel laufe auf ihn und nicht auf die Gesellschaft; der

14) WM 1955/1566 ff.

Gesellschaftsstempel sei nur irrtümlich aufgedruckt worden. Das OLG wies die Klage ab. Es begründete die Mithaftung des Einmanngesellschafters damit, daß das Interesse an klaren rechtlichen und sauberen wirtschaftlichen Verhältnissen dies erfordere. Drobnig [15] hält die Entscheidung als beispielhaft dafür, daß das deutsche Recht gegen Verschleierungen durch verwechselbare Firmennamen besonders empfindlich reagiere. Ähnlich wie im Fall der Vermögensvermischung sind hier die Interessen der Gesellschaftsgläubiger dadurch gefährdet, daß den Gläubigern die Vermögensverhältnisse unklar bleiben. Daraus allein ist den Gesellschaftsgläubigern noch kein wesentlicher Nachteil und den Gesellschaftergläubigern kein Vorteil erwachsen. Wesentlich beeinträchtigt sind die Interessen der Gesellschaftsgläubiger aber dann, wenn die Verwechslungsgefahr dazu geführt hat, daß Forderungen der Gesellschaft gesetzwidrig an den Gesellschafter geleistet worden sind. In diesem Fall ist § 56 AktG im Bereich der AG direkt anwendbar. Im Bereich des GmbH-Rechts würde ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nach §§ 30, 31 GmbHG entstehen. Man wird jedoch weitergehend auch dann dem Gesellschaftsgläubiger einen Anspruch gegen den Gesellschafter geben müssen, wenn begründeter Verdacht besteht, daß infolge der Verwechslungsgefahr der Gesellschaft tatsächlich mehr Vermögenswerte zu Gunsten des Privatvermögens des Gesellschafters entzogen worden sind als nach dem Gesetz erlaubt ist. Ausschlaggebend werden, ähnlich wie für den Fall der Vermögensvermischung, die gesamten Umstände des Falles sein. Ein wichtiges Indiz wird sich dann

15) S. 35, vgl. auch S. 32.

aus der geschäftlichen Entwicklung ergeben. Entsprechend wie oben gilt eine Einschränkung für den Fall, daß der Gesellschafter nachweisen kann, daß er lediglich deshalb die an ihn geleisteten Zahlungen des Gesellschaftsgläubigers angenommen hat, weil er damit seinen Anspruch auf Gewinnzahlung u.a. gegen die Gesellschaft realisieren wollte. Aus diesem Gesichtspunkt tragen daher m.E. die vom OLG Nürnberg aufgestellten Gründe den Durchgriff noch nicht.

Fraglich kann sein, ob dem Gesellschafter aus dem Tatbestand der Vermögensvermischung oder der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr eine Haftung aus culpa in contrahendo oder aus unerlaubter Handlung erwachsen kann. Diese Ansprüche des Gesellschaftsgläubigers würden mit dem oben festgestellten Anspruch aus Vertrag konkurrieren. Einer großzügigen Anwendung dieser Vorschriften auf Durchgriffsfälle steht entgegen, daß dadurch die Gefahr entsteht, daß das Trennungsprinzip d.h. die vom Gesetz angeordnete Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen durchlöchert wird, wenn man einen Zugriff auf das Gesellschaftervermögen auf diesem Wege erreichen könnte. Dieser Einwand steht jedoch dann nicht entgegen, wenn gerade die logischen Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung, nämlich die Bestimmungen zur Erhaltung des Gesellschaftskapitals ihrem Sinn und Zweck nach verletzt sind. Das ist aber der Fall, wenn in dem oben geschilderten Umfang die Interessen der Gesellschaftsgläubiger hierdurch gefährdet sind. Es läßt sich an einen Anspruch aus culpa in contrahendo, ferner aus § 823 Abs. 2 BGB denken, da die verletzten Vorschriften Schutzgesetze sind. Wenn die Gesellschafter (wie hier) nur fahr-

lässig gehandelt haben, entfällt ein Anspruch aus § 826 BGB.

2. Die Haftung aus den schuldrechtlichen Beziehungen.

In den eben behandelten Fällen konnte ein Durchgriff zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bejaht werden, ohne daß es darauf ankam, welche schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft bzw. zu den Gesellschaftsgläubigern bestanden. In den nun folgenden Fällen kommt es entscheidend auf die richtige Beurteilung dieser schuldrechtlichen Beziehungen an.

Die Rechtsprechung hatte sich öfters mit dem Fall der Unterkapitalisierung von Gesellschaften zu befassen. Der typische Tatbestand liegt so, daß jemand ein riskantes Geschäft einer Einmann- oder Strohmanngesellschaft überträgt, um sich im Falle eines Fehlschlages auf die Haftungsbeschränkung berufen zu können. Um das eigene Risiko noch mehr zu verringern, stattet er diese Gesellschaft mit einem unzureichenden Gesellschaftskapitel aus [16] und gibt ihr die erforderlichen Betriebsmittel als Darlehen, oder er vermietet ihr die Betriebsgrundstücke. Er ist dann jederzeit in der Lage, im Falle eines Mißerfolges die Darlehen zu kündigen oder den Mietzins derart in die Höhe zu schrauben, daß ihm die investierten Mittel rechtzeitig zurückfließen. Er hat durch derlei Vereinbarungen den Vorteil, Gelder zurücknehmen zu können, ohne dabei an die Schutzvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG bzw. 56 AktG

16) So wurde in dem vom RG in DR 1938/106 entschiedenen Fall eine GmbH für die Herstellung und den Vertrieb chemischer Produkte mit einem Stammkapital von nur 30.000,-- RM ausgestattet, in dem vom BGH (in BGHZ 31/258 ff) entschiedenen Fall eine Luftfahrt-GmbH mit einem Stammkapital von 20.000,-- DM versehen.

gebunden zu sein; zusätzlich hat er im Konkurs der Gesellschaft für seine Forderungen aus Darlehen oder Miete denselben Rang wie die Gesellschaftsgläubiger, während er im Rang hinter sie gekommen wäre, hätte er die Gelder in Form von Gesellschaftereinlagen investiert.

Die Stellungnahme in Literatur und Rechtsprechung zu diesen Fällen ist uneinheitlich. Das RG hat in den Entscheidungen vom 16.10.1937 [17] und vom 12.3.1938 [18] zu der Frage der Gesellschafterdarlehen Stellung genommen und § 826 BGB angewendet, wenn der Gesellschafter bewußt darauf ausging, hierdurch die Gesellschaftsgläubiger zu schädigen und den Zweck der Gläubigerschutzbestimmungen zu vereiteln. In der letztgenannten Entscheidung bekämpft es dieses Vorgehen damit, daß es diese Darlehen als Gesellschaftereinlagen behandelt und die Gläubigerschutzvorschriften darauf anwendet. Rasch [19] will eine Haftung der Gesellschafter gerade darauf zurückführen, daß die Gesellschafter sich ja nicht dem Vorwurf der Kredittäuschung nach § 826 BGB aussetzen wollen und gewährt der Gesellschaft einen Anspruch gegen den Gesellschafter. Einen andern Weg, auf den die Stellungnahme von Rasch schon hinführt, schlägt Reinhardt [20] und der BGH in der Entscheidung vom 14.12.1959 [21] ein. Reinhardt gibt dem darlehensgebenden Gesellschafter auf, sich "unternehmensgerecht" zu verhalten, d.h. ein angemessenes Risiko zu übernehmen,

17) DJ 1938/601 ff mit zustimmender Anmerkung von Friedrich, vgl. auch Scholz, Anm. 2 zu § 5 GmbHG.

18) JW 1939/355 ff; ähnlich begründet auch Siebert den Durchgriff mit absichtlichem Mißbrauch der Rechtsform, BB 1954/418.

19) S. 180.

20) S. 590 f.

21) BGHZ 31/258 (268).

andernfalls verletze er das hierauf gesetzte Vertrauen und verstoße gegen den ordre public. Der BGH schließlich läßt den Gesellschafter haften, wenn dieser das Darlehen zur Unzeit kündigt. Schönle [22] will bei der Einmanngesellschaft den Durchgriff deshalb zulassen, weil keine Interessenaequivalenz zur Mehrmanngesellschaft besteht.

Es ist nicht möglich, wie das RG es getan hat, die Darlehen einfach als Gesellschaftereinlage zu behandeln, weil die Gesellschafter nach deutschem Recht keine Verpflichtung haben, das Stammkapital in der Höhe zu erbringen, daß der Gesellschaftszweck damit verwirklicht werden kann [23]. Wer mit einer Gesellschaft in rechtliche Beziehungen treten will, kann dieses Mißverhältnis zwischen der Höhe des Stammkapitals und dem Gesellschaftszweck beim Handelsregister erfahren und hieraus seine Konsequenzen ziehen. Besteht danach keine Verpflichtung der Gesellschafter, das Gesellschaftskapital in Relation zu dem Gesellschaftszweck zu bringen, so können die Bestimmungen, die zum Schutz des Stamm- bzw. Grundkapitals aufgestellt sind, auf den Fall der Unterkapitalisierung nicht angewendet werden. Richtig erscheint es dagegen, mit Reinhardt und dem BGH davon auszugehen, daß es sich um echtes Darlehen bzw. um Miete handelt. Die Auffassung Reinhardts, daß sich der Gesellschafter unternehmensgerecht verhalten müsse, geht freilich zu weit; ob der Grundsatz des ordre public auch auf innerstaatliches Recht anwendbar ist, erscheint fraglich. Die Interessen

22) SAG 1960, S. 106 (117).

23) Andeutungen einer derartigen Einschränkung finden sich im österreichischen Recht, vgl. OGH U. v. 3.2.1904, ZE 1906, Nr. 769, S. 61 ff.

der Gesellschaftsgläubiger sind allein durch die Finanzierung der Gesellschaft mit Hilfe von Gesellschafterdarlehen noch nicht verletzt. Die Gesellschaftsgläubiger kannten vor Abschluß mit der Gesellschaft die Höhe des Stammkapitals und den Gesellschaftszweck, konnten sich mindestens darüber informieren. Sie hatten also die Nachteile, die sie aus dem Vertrag mit einer unterkapitalisierten Gesellschaft erwarten mußten, in Kauf genommen. Die Interessenlage hat sich aber dadurch verschoben, daß es an dem vom Gesetz vorausgesetzten Interessengegensatz zwischen den beiden Partnern des Darlehens- bzw. Mietvertrages fehlt. Der Gesellschafter hat kraft seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft die Macht, die Vertragsverhältnisse einseitig zu seinen Gunsten aufzustellen und zu ändern. Es handelt sich hier um sog. interne Vertragsbeziehungen. Daher muß das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger auf den ordnungsmäßigen Bestand dieser schuldrechtlichen Beziehungen geschützt werden, soweit ihre Interessen davon berührt werden. Die Gesellschaftsgläubiger müssen vor solchen Machenschaften dann geschützt werden, wenn ihre Interessen o f f e n s i c h t l i c h g e s c h ä d i g t würden. Eine offensichtliche Schädigung liegt etwa in der vom BGH festgestellten Kündigung der Darlehen zur Unzeit, weil hierdurch unmöglich gemacht wurde, daß die Gesellschaft entweder eigenes Vermögen ansammeln konnte, oder, soweit dies nicht möglich war, aufgelöst wurde und ihren Gläubigern daher keine liquiden Mittel verschaffte. Auch hier darf die einzelne interne Vertragsbeziehung nicht isoliert betrachtet werden. Es kann etwa, worauf Haußmann [24] aufmerksam macht, das einzelne Darlehensgeschäft durch hohe Zinspflicht ungünstig erscheinen und dennoch für die Tochtergesell-

24) Tochtergesellschaft, S. 56.

schaft (und damit deren Gläubiger) überwiegende Vorteile bringen; z.B. schon ideell durch die Zugehörigkeit der Gesellschaft zum Konzern oder bei langfristigen Verträgen durch die Ausschaltung eines Risikos. Es müssen die gesamten Umstände berücksichtigt werden. Erst wenn im Gesamtergebnis die Nachteile für die Gesellschaftsgläubiger die Vorteile offensichtlich überwiegen, kann hieraus eine Haftung des Gesellschafters den Gesellschaftsgläubigern gegenüber erwachsen und zwar in der Form einer Schadensersatzpflicht. Dem Gesellschaftsgläubiger entsteht ein Anspruch daraus, daß der Gesellschafter die dem internen Vertrag innewohnende Pflicht, eine offensichtliche Schädigung der Gesellschaftsgläubiger zu vermeiden, verletzt hat. Es handelt sich insoweit um eine vertragliche Nebenpflicht, die nicht dem Vertragspartner, sondern Dritten gegenüber entsteht [25]. Sie löst bei fahrlässiger oder

25) Verträge mit Nebenpflichten gegenüber Dritten sind im deutschen Recht nichts Ungewöhnliches. Der dargestellte Vertragstypus läßt sich am ehesten mit den von der Rechtsprechung entwickelten Verträgen mit Schutzwirkung gegenüber Dritten vergleichen, die nach Larenz unter 2 Voraussetzungen zulässig sind:
1. muß dem Leistenden erkennbar sein, daß diese Leistung nicht nur seinem Vertragspartner zugute kommt sondern auch anderen Personen,
2. denen gegenüber den Vertragspartner eine Fürsorgepflicht trifft. Vgl. dazu Larenz § 11 III.

Gemeinsam ist den beiden Fallgruppen, daß dem besonderen Schutzbedürfnis der Drittinteressen nach Treu und Glauben Rechnung getragen werden muß. Einer Ausweitung ins Uferlose wird bei den Verträgen mit Schutzwirkung durch die obengenannten beiden Voraussetzungen Einhalt geboten.
Bei der im Text behandelten Fallgruppe wird die Begründung der Nebenpflicht an die folgenden engen Voraussetzungen geknüpft:
1. daß der eine Vertragspartner in der Lage ist, den Vertrag völlig nach seinen eigenen Interessen auszurichten,
2. daß eine offensichtliche Gefährdung der Interessen der Gläubiger zu befürchten ist.

vorsätzlicher Verletzung (§ 276 BGB) diesen gegenüber eine Schadensersatzpflicht aus. Da diese schädigenden Handlungen in aller Regel auch die Mitgesellschafter schädigen, stehen dann auch ihnen Ansprüche aus demselben Grund zu. Diese vertraglichen Ansprüche konkurrieren bei der AG regelmäßig mit Ansprüchen aus § 101 AktG. Diese führen jedoch wesentlich seltener zum Erfolg, wenn man nach dem Wortlaut des § 101 Abs. 7 davon ausgeht, daß sie ausgeschlossen sind, wenn die gesellschaftsfremden Sondervorteile im Wege der Stimmrechtsausübung verfolgt werden (vgl. dann § 197 AktG) [26]. Ein hiermit konkurrierender Anspruch nach § 826 BGB ist unter den wesentlich engeren Voraussetzungen dieser Bestimmung möglich.

Nach einem Urteil des Cour d'Appel de Gand vom 9.3.1954 [27] haftet der Einmanngesellschafter den Gläubigern unbeschränkt persönlich, wenn er die Gesellschaft bei der Auflösung über die normalen Liquidationsgeschäfte hinaus verpflichtet. Auch hier sind die Bestimmungen zum Schutz des Grund- oder Stammkapitals nicht verletzt. Vielmehr trifft hier den Einmanngesellschafter die Pflicht, Rechtsgeschäfte nur in einem Umfang durchzuführen, daß die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht verletzt werden. Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, so ergeben sich Schadensersatzansprüche der Gläubiger. Handelt er mit Schädigungsvorsatz, so ist ein Anspruch aus § 826 BGB gerechtfertigt.

Bisweilen wirken sich Änderungen interner Vertragsverhältnisse vornehmlich zum Schaden e i n z e l n e r Gesellschaftsgläubiger aus. So war es in zwei vom RG

26) Vgl. Godin-Wilhelmi, Anm. I und II 11 zu § 101 AktG.

27) In: Tijdschrift voor Notarissen 1955/94, vgl. Schönle 1957/144.

entschiedenen Fällen, die um Lichtspieltheater handelten. In dem einen Fall [28] hatte eine Einmann-GmbH ein Lichtspieltheater in Pacht betrieben. Verpächter war der Einmanngesellschafter. Als ein Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft vollstrecken wollte und bereits Vollstreckungshandlungen eingeleitet hatte, löste der Gesellschafter das Pachtverhältnis und betrieb das Lichtspieltheater selbst. Er hatte mindestens eine Zeitlang erhebliche Einnahmen hieraus. Das Gericht gewährte im Vorprozeß dem Gesellschaftsgläubiger einen Anspruch aus § 826 BGB wegen Vollstreckungsvereitelung. In dem andern Fall [29] hatte eine Einmann-GmbH, die ein Lichtspieltheater betrieb, mit einem Dritten einen Pachtvertrag abgeschlossen, wonach sie diesem die Lichtbild- und Programmreklame überließ. Die GmbH versuchte vergeblich, mit dem Pächter eine Erhöhung der Pachtzinsen zu vereinbaren. Sie löste sich danach auf. An ihre Stelle trat eine neue GmbH, die denselben Einmanngesellschafter und Geschäftsführer wie die vorherige Verpächterin hatte. Die neue GmbH weigerte sich, mit dem bisherigen Pächter einen entsprechenden Pachtvertrag zu schließen. Das RG gewährte dem Kläger gegen beide Gesellschaften einen Anspruch aus § 826 BGB. In dem ersten Fall hat der Gesellschafter die sich aus dem Pachtverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft, also einem internen Vertragsverhältnis, für ihn ergebende Nebenpflicht gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger schuldhaft verletzt, nämlich dessen Interessen geschädigt. Er haftet dem Gesellschaftsgläubiger hieraus auf Schadensersatz.

28) Urteil vom 22.11.1934, JW 1935/512.
29) Urteil vom 10. 6.1926, RGZ 114/68 ff.

Daß aus einem solchen Vertrag Pflichten und Rechte Dritter entstehen können, erklärt sich, wie schon dargetan, daraus, daß der Gesellschafter infolge der Verschiebung der Interessenlage die Möglichkeit hat, durch Änderung des internen Vertragsverhältnisses die Gesellschaftsgläubiger zu benachteiligen, ohne daß sich diese auf andere Weise schützen können. Da der Gesellschafter im vorliegenden Fall vorsätzlich gehandelt hat, konkurriert mit diesem Vertragsanspruch ein solcher aus § 826 BGB. In dem zweitgenannten Lichtspielfall bringt der Einmanngesellschafter infolge seiner gesteigerten Rechtsmacht, die er gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besitzt, eine Schädigung des Gesellschaftsgläubigers nicht mit Hilfe von internen Vertragsverhältnissen, sondern dadurch zuwege, daß er durch Auflösung der Gesellschaft deren Vertragspflichten gegenüber den Dritten zum Erlöschen bringt. Hier zeigt sich, daß das Vertragsverhältnis der Gesellschaft zum Dritten einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit unterliegt und der Dritte sich auf andere Weise hiergegen nicht zu wehren vermag. Der Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Dritten beinhaltet für den Gesellschafter die Pflicht, die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit nicht zur Schädigung des Vertragsgegners und Gläubigers der Gesellschaft auszuüben. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht führt zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen ihn. Daneben kann ein Anspruch aus § 826 BGB gegeben sein [30]. Das RG hat diese Ansprüche nicht geprüft, sondern nur die Ansprüche gegen die beiden Einmanngesellschaften. (Dazu unten Kapitel 7). In der Literatur wurde eine Haftung nicht auf diese vertragliche Pflicht, sondern auf andere Rechtsgrundlagen zurückgeführt, etwa auf

30) Entsprechend wie oben Seite 82.

culpa in contrahendo [31], Delikt [32], Haftung kraft Rechtscheins [33] oder Gläubigerbenachteiligung [34]. Entscheidend ist bei all diesen Tatbeständen, daß die Mithaftung des Gesellschafters nur dann einleuchtend begründbar ist, wenn man von der gesteigerten Rechtsmacht ausgeht, die der Gesellschafter gegenüber den Dritten in den besonderen Fällen hat. Wurde in den Lichtspielfällen die Anwendbarkeit des § 826 BGB bejaht, so beruht dies darauf, daß wegen dieser gesteigerten Rechtsmacht die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person eine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger wäre. Ebenso kann eine Haftung des Gesellschafters aus culpa in contrahendo beispielsweise nur dadurch einleuchtend begründet werden, daß der Gesellschafter, der in die

31) So für abhängige juristische Personen Kronstein, S. 77, eingeschränkter: Meise S. 97 ff, Rasch S. 178 f, der jedoch für den Regelfall keine unmittelbare Haftung des Gesellschafters, sondern nur einen internen Anspruch der Gesellschaft gegen diesen annimmt (S. 177), für die EG Schilling, JZ 1953/161.

32) So für die Konzerngesellschaft Kronstein, S. 81 ff: aus §§ 31, 831, 832 BGB, Rasch, S. 177 ff, eingeschränkt wie oben, Drobnig, S. 67 f, für Organgesellschaften Hamburger, S. 318 ff, Meise S. 100 ff, für die Einmanngesellschaft Griebel, S. 105 ff, für die Schweiz Schneebeli, S. 204 mit Nachweisen und Frankenberg, S. 166 ff.

33) Vor allem Haußmann, Grundlegung S. 59, Drobnig S. 66 f mit Nachweisen; für Konzerngesellschaften Kronstein, S. 76, für Organgesellschaften Meise, S. 112, für Einmanngesellschaften Feine, S. 451, Schilling JZ 1953, S. 161, Siebert, DB 1954/418, für die Schweiz Schneebeli, S. 197 ff, 204 ff mit Nachweisen und Frankenberg, S. 165.

34) Drobnig, S. 65 mit Nachweisen, der andere Ansprüche konkurrieren läßt, BGH WM 1958/460, Hachenburg-Schilling, Anm. 6 im Anh. zu § 13 GmbHG u.a..

Vertragsverhandlungen eingreift, im gegebenen Fall eine so enge Beziehung zu der vertragsschließenden Gesellschaft hat, daß seine störenden Eingriffe wie solche der vertragschließenden Partei selbst oder ihres Vertreters gewertet werden können. Im Blick auf diese Begründung ist die Bemerkung des BGH nicht ganz gerechtfertigt, daß es nicht um ein Durchgriffsproblem geht, wenn der Gesellschafter aus einem besonderen Rechtsgrund z.B. für Verschulden bei Vertragsschluß oder unerlaubter Handlung haftet[35]. Die Stellung des BGH zu der Frage, inwieweit diese Ansprüche zugelassen werden, ist noch widersprüchlich. Während der 2. Senat im Urteil vom 29.11.1956 [36] eine Haftung aus den genannten Rechtsgründen zu bejahen scheint, fordert der 8. Senat im Urteil vom 26.11.1957 [37] als Teil des besonderen Rechtsgrundes stets auch ein subjektives Element und will von den erwähnten Gesichtspunkten nur die Gläubigerbenachteiligung gelten lassen. Diese Festlegung auf ein subjektives Element dürfte jedoch zu eng sein und nicht jedem Fall gerecht werden. Sind die Interessen der Gesellschaftsgläubiger offensichtlich benachteiligt, so ist die Verschiebung der Interessenlage gleich stark, ob der Gläubiger dies bewußt, z.B. absichtlich herbeigeführt hat oder nicht [38]. Die Interessen des Gesellschafters und seiner Gläubiger müssen dann zurücktreten. Freilich darf der Durchgriff auch insoweit nur bei schwerwiegender Benachteiligung durchgeführt werden, weil bei einer zu weit gehenden Zulassung des Durchgriffs das Prinzip

35) BGHZ 31/258 (271).
36) BGHZ 22/226 (230, 231).
37) WM 1958/460 (461, 462).
38) Vgl. auch unten Kapitel 8.

der Haftungsbeschränkung derart durchlöchert würde, daß praktisch nichts mehr davon übrig bliebe. Grundsätzlich gibt der Tatbestand eines Konzernverhältnisses oder einer Einmanngesellschaft noch keinen Anlaß zum Durchgriff. Es ist nicht entscheidend, daß der Gesellschafter die Macht hat, die Interessenlage zu Ungunsten der Gesellschaftsgläubiger zu verändern. Ein Durchgriff zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger kann nur dann angenommen werden, wenn er sie tatsächlich zu deren Ungunsten verändert hat. Die Rechtsprechung in Deutschland und in Österreich hat es stets abgelehnt, allein aus dem Tatbestand der gesteigerten Macht des Gesellschafters dessen Mithaftung zu folgern. So hat der BGH [39] für die Frage der Pensionslast, die eine Organgesellschaft eingegangen ist, aus dem Tatbestand des Organverhältnisses allein noch keine Mithaftung der Obergesellschaft gefolgert. Ebenso hat der österreichische OGH im Urteil vom 8.2.1933 [40] eine Haftung des Konzerns für eine Schadensersatzpflicht der Untergesellschaft, die dieser aus einem Eisenbahnunfall erwachsen war, abgelehnt und dabei ausgeführt:

"Der Umstand aber, daß in mehreren Aktiengesellschaften das Vermögen derselben Personen steckt, und vielleicht auch der Wille dieser Person für die Willensbildung der beiden Gesellschaften entscheidend ist, bedeutet noch keine Einheit der Gesellschaften .... ".

Eine Ausnahme von diesem Satz wird bisweilen

39) BGHZ 22/226 (234).
40) GH 1933/82.

für die Organgesellschaft [41] gemacht. Rasch [42] sieht in dem Tatbestand der Organgesellschaft bereits einen besonderen Rechtsgrund, der den Haftungsdurchgriff rechtfertige. Er will jedoch keinen u n m i t t e l b a r e n Anspruch des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter daraus herleiten - es sei denn bei unerlaubter Handlung der Organgesellschaft - , sondern nur einen Anspruch der Organgesellschaft gegen die herrschende Person auf Schadensersatz. Ein Teil der Literatur stimmt ihm dabei im Ergebnis zu [43]. Aber zu Unrecht! Der Aufwendungsersatzanspruch soll ausschließlich die Gesellschaftsgläubiger schützen - nicht die Organgesellschaft selbst, die keine eigenen Interessen vertritt. Den Gläubigern der Organgesellschaft steht dann ein direkter Anspruch gegen die Obergesellschaft zu, wenn diese ihren Einfluß auf die Organgesellschaft dazu verwendet, diese Gläubiger zu schädigen. Es wäre zu wenig, statt dessen nur der Organgesellschaft einen Anspruch auf Aufwendungsersatz zuzubilligen und die Gläubiger auf die Pfändung

41) Als Begriffsbestimmung der Organgesellschaft kann die überwiegend z.B. von Rasch, S. 83 angewandte Definition des Umsatzsteuergesetzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG, § 17 UStDB) gewählt werden, wonach die Organgesellschaft dem Willen der andern derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen hat. Dies ist sie dann, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das andere Unternehmen eingeordnet ist.

42) S. 177.

43) Z.B. Hachenburg-Schilling, Anm. 7 im Anh. nach § 13 (Anspruch auf Aufwendungsersatz und Schuldbefreiung), Hamburger, S. 314 ff, ähnlich Kronstein, in Bezug auf die Haftung der herrschenden Person für Weisungen, die sie der abhängigen Person erteilt, S. 103 ff.

dieses Anspruchs zu verweisen. Es ist nicht einzusehen, weshalb sie hier diesen umständlichen Weg einschlagen müßten, während Gläubiger anderer Gesellschaftstypen einen direkten Anspruch gegen den Gesellschafter haben. Den Gläubigern der Organgesellschaft zusätzlich die Möglichkeit zu eröffnen, einen Ersatzanspruch der Gesellschaft zu pfänden, ist dagegen unnötig. Auf den Gedanken, der Organgesellschaft einen Aufwendungsersatzanspruch zu gewähren, konnte man nur deshalb kommen, weil man für diesen Teilbereich des Problemkreises, nämlich für die Haftung der Organgesellschaft, das Auftragsrecht entsprechend anwandte. Tatsächlich ist die Interessenlage doch anders als im Auftragsrecht. Mit Recht hat der BGH [44)] vor ähnlichen vorschnellen Analogien gewarnt, nämlich davor, bei der Frage der Haftung für Weisungen an die Gesellschaften Begriffe wie "doloses Werkzeug" oder "mittelbare Täterschaft" zu verwenden.

3. Der Einfluß des Tatbestandes der gesteigerten Rechtsmacht des Gesellschafters auf interne Rechtsbeziehungen

Das enge Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann jedoch in anderer Weise die Haftung der Gesellschaft gegenüber ihrem Gesellschafter beeinflussen, ohne zu einer Mithaftung des Gesellschafters zu führen. Das zeigen Entscheidungen, die zu dem schweizerischen Rechtsinstitut des Nachlaßvertrages ergangen sind. Im schweizerischen Recht kann ein notleidender Schuldner einen Nachlaßvertrag mit einem Vorschlag zur Befriedigung seiner Gläubiger einreichen. Die entscheidende Phase des längeren

44) BGHZ 31, 258 (277).

Prüfungsverfahrens ist die Annahme des Nachlaßverfahrens durch die Gläubiger. Erforderlich ist, daß zwei Drittel der Gläubiger, deren Forderung zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderungen ausmacht, zustimmen. Die Bestätigung der Annahme durch die Nachlaßbehörde hat u.a. zur Voraussetzung, daß der Schuldner nicht unredliche oder leichtfertige Handlungen zum Nachteil seiner Gläubiger begangen hat.
In dem von der Genfer Aufsichtsbehörde [45] entschiedenen Fall hatte der Alleingesellschafter einer in Verhandlungen über einen Nachlaßvertrag stehenden Gesellschaft kurze Zeit vor der Nachlaßstundung einen an die Gesellschaft gewährten Vorschuß zurückerhalten. Der Sachverwalter schrieb daher dem Gesellschafter (nicht der Gesellschaft!) vor, keine vor Abschluß des Nachlaßvertrages entstandenen Zahlungen zu begleichen. Die Aufsichtsbehörde billigte das Vorgehen gegen den Gesellschafter. In dem von der Luzerner Justizkommission[46] entschiedenen Fall versagte die Nachlaßbehörde die Bestätigung eines Nachlaßvertrages zwischen einer Gesellschaft und ihren Gläubigern, weil ihr Alleingesellschafter unredliche, mindestens sehr leichtfertige Handlungen begangen habe. Hier handelt es sich nicht um das Problem, ob der Gesellschafter für seinen Paten mithaftet, sondern um die Frage, inwieweit das Verhalten des Gesellschafters das Vertragsverhältnis der Gesellschaft zu ihren Gläubigern beeinflussen kann. Hätte ein Dritter in dem zuletzt genannten Fall gegenüber den Gläubigern unredliche oder leichtfertige Handlungen begangen, so könnte er gegebenenfalls den Gläubigern selbst

45) In Semaine Judiciaire 53 (1931) S. 375.
46) Nach Schneebeli, S. 127 f.

aus Delikt haften; der Nachlaßvertrag müßte dagegen bestätigt werden. Hätte die Gesellschaft selbst solche Handlungen begangen, so verdiente sie die Vergünstigung des Nachlaßvertrages nicht. Hat der Gesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft die Macht, die Gesellschaft zu derartigen Handlungen zu veranlassen, so könnte sein Handeln - über die Gesellschaft - zu einem Verlust der Vergünstigung des Nachlaßvertrages führen. Wählt er den andern Weg und gefährdet die Interessen der Gesellschaftsgläubiger in seiner Eigenschaft als Privatmann, so kann dies nicht anders beurteilt werden. Ihm obliegt dann durch den Nachlaßvertrag die Pflicht, solche Handlungen zu unterlassen. Diese Pflicht folgt aus der gesteigerten Rechtsmacht, die er im Hinblick auf den Nachlaßvertrag zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern hat. Entsprechend ist es in dem erstgenannten Fall, den die Genfer Aufsichtsbehörde entschied. Bei dem Vorschuß an die Gesellschaft handelte es sich um ein internes Vertragsverhältnis [47]. Daher war es gerechtfertigt, dem Gesellschafter eine Pflicht bezüglich der Nachlaßstundung zwischen Gesellschaft und deren Gläubigern aufzuerlegen.

Entsprechende Überlegungen sind bei Beurteilung der Frage anzustellen, ob der Gesellschafter "Verwandter" der Gesellschaft im Sinne des § 31 Nr. 2 KO ist. Eine Ähnlichkeit besteht insoweit, als die Vertragsverhältnisse zu Verwandten einer ähnlichen Einwirkungsmöglichkeit des Gemeinschuldners unterliegen können wie die internen Vertragsverhältnisse zwischen dem Gesellschafter und seiner Gesellschaft. Wann dies der Fall sein wird, kann theoretisch allein nicht geklärt werden. Es bedarf dazu genauer Kenntnis

47) Siehe oben S. 79 ff.

der Interessen- und Machtlage im besonderen Fall. Für die Erklärung des Schuldners nach § 4 Vergleichsordnung bestimmt § 108 Abs. 2 der Vergleichsordnung, daß die Gesellschafter und die früheren Gesellschafter einer GmbH, die im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens ausgeschieden sind, als nahe Angehörige der GmbH gelten.

4. Erwähnt sei noch, daß der Regierungsentwurf zum neuen Aktiengesetz (1960) für das Teilgebiet der "verbundenen Unternehmen" (in E 280 - 326) eine Haftung der herrschenden Gesellschaft vorsieht. Er unterscheidet in E 280 Abs. 1 zwischen Konzernverbindungen auf Grund Vertrages (Beherrschungsvertrag, dem in E 281 Abs. 1 andere Verträge z.B. die Gewinngemeinschaft gleichgestellt werden) und solchen auf Grund tatsächlicher Beherrschungsmacht. Besonders geregelt sind die Rechtsverhältnisse der "eingegliederten Unternehmen" in E 308 - 315.

Wie schon im Referentenentwurf (1958) vorgesehen war, ist die herrschende Person gegenüber der vertraglich abhängigen Konzern-AG weisungsberechtigt (E 297); ihr Leiter haftet für diese Weisungen im Rahmen der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes (E 298 f). Eine entsprechende Haftung sieht der Regierungsentwurf - anders als der Referentenentwurf - bei Konzernabhängigkeit auf Grund tatsächlicher Beherrschungsmacht vor (E 306 f). Beibehalten ist die - rechtsfortbildende - Regelung des Referentenentwurfs, daß den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft nach Beendigung des Beherrschungsvertrages Sicherheit zu leisten ist (E 292). Neu ist die weitergehende Haftung, die der Entwurf für die sog. eingegliederten Unternehmen vorsieht.

In eine AG kann danach eine Gesellschaft eingegliedert werden, deren Anteile vollständig (E 308) oder überwiegend (zu 95 % E 309) im Besitz der AG sind. Durch die Eingliederung verliert das Unternehmen nicht seine eigene Rechtspersönlichkeit, aber die herrschende Person haftet den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft für deren bereits entstandenen Verbindlichkeiten gesamtschuldnerisch und in vollem Umfang. Dem Gläubiger des eingegliederten Unternehmens haftet danach das Vermögen der herrschenden AG. Damit ist, wie die Begründung mit Recht hervorhebt, der Schutz der Gläubiger des abhängigen Unternehmens einfach und überzeugend geregelt. Für Weisungen haftet die herrschende Person zusätzlich dann, wenn sie nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewendet hat (E 311).

In diesen Bestimmungen ist ein Teilgebiet des Haftungsdurchgriffs einleuchtend und umfassend geregelt. Der Vorschlag entspricht im wesentlichen den dargelegten Grundsätzen. Für das Restgebiet bleibt es bei diesen Grundsätzen.

7. Kapitel: Schutz der Interessen der Gesellschaftergläubiger

Die Interessen der Gesellschaftergläubiger sind nicht in demselben Umfang geschützt wie die der Gläubiger der Gesellschaft. Es fehlen Bestimmungen, die denen zum Schutz und zur Erhaltung des Grund- bzw. Stammkapitals entsprechen würden. Nur in besonders schwerwiegenden Fällen trifft das Recht besondere Vorkehrungen zum Schutz dieser Gläubiger. So haben sie die Möglichkeit, im Konkursverfahren oder im Beitreibungsverfahren außerhalb des Konkurses gemäß den §§ 29 ff KO und 1 ff AnfG Handlungen des Schuldners anzufechten. Darüberhinaus kann der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB geltend machen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Gläubigerbenachteiligung als sittenwidrig erscheint [1].

Ein direkter Haftungsdurchgriff, d.h. die Begründung einer Mithaftung der Gesellschaft für Gesellschafterschulden kann also niemals damit begründet werden, es bestehe begründeter Verdacht, daß der Gesellschafter zu Unrecht Vermögenswerte an die Gesellschaft übertragen und damit seinem Privatvermögen entzogen habe [2]. Literatur und Rechtsprechung haben sich bisher nur selten zu der Frage geäußert, wann zu Gunsten der Gesellschaftergläubiger ein Durchgriff erforderlich ist. Das OLG Karlsruhe hat in dem Tatbestand der Vermögensvermischung allein noch keine so starke Gefährdung der Interessen der Gesellschaftergläubiger gesehen, daß damit der Durchgriff zu begründen wäre, vielmehr hat es in dem absichtlichen Verschieben einer Forderung ein arglistiges Verhalten gesehen, und einer

1) Näheres dazu Soergel-Siebert, § 826 VIII (Nummern 81 - 93).

2) Darin besteht ein Unterschied zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger, siehe oben S. 67 ff.

Pfändung der Forderung zum Erfolg verholfen [3]. Drobnig [4] kritisiert, daß eine absichtliche Gläubigerbenachteiligung bereits nach den gesetzlichen Vorschriften anfechtbar ist (§ 3 Ziff. 1 AnfG), also dieser Fall keines Durchgriffs bedarf. Er will - mit Recht - einen Durchgriff dann zulassen [5], wenn die normale Verwertung des Geschäftsanteils im Wege der Pfändung nach § 857 ZPO nur schwer und unter Gefährdung seines eigenen Anspruchs möglich ist. Soergel-Siebert [6] verweist darauf, daß eine Mithaftung der Gesellschaft für die Schulden des beherrschenden Unternehmens bisher noch nicht anerkannt sei. In der Tat gibt es sonst nur vereinzelt Stimmen, die diesen Haftungsdurchgriff erwähnen und bejahen, so vor allem Drobnig und Freese [7]. Auch das schweizerische BG [8] hat sich zu der Frage geäußert. Es hat hervorgehoben, daß eine Mithaftung der Gesellschaft für Schulden des Einmanngesellschafters eine stärkere Begründung erfordere als umgekehrt die Haftung des Alleingesellschafters für Gesellschaftsschulden. Einer besonderen Würdigung bedarf die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu dem Problem der Aufrechnung mit Reichsforderungen gegen Forderungen der sog. Reichsgesellschaften. Bisher war unangefochten geblieben, daß mit Forderungen gegen die herrschende Person (den Gesellschafter) nicht gegen Forderungen der abhängigen juristischen Person einseitig aufgerechnet werden

3) Urteil vom 10.12.1942, DR 1943/811.
4) Seite 65.
5) Seite 70.
6) Anmerkung 23 vor § 21.
7) NJW 1956/283 ff.
8) SAG 32 (1960) / 219 ff.

könne, weil das Merkmal der Gegenseitigkeit fehle [9]. Ebenso zurückhaltend ist das ausländische Recht. Das schweizerische BG hat im Urteil vom 12.5.1959 [8] die Verrechnung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen einen Rechtsanwalt mit dessen Honorarforderungen gegen den Alleingesellschafter mangels Gegenseitigkeit der Ansprüche nicht zugelassen. Anders jedoch die deutsche Rechtsprechung über Kriegsgesellschaften: Die endgültige Regelung der Schulden des Reiches steht noch aus. Diese Rechtsprechung hat insoweit eine teilweise Regelung herbeigeführt, als sie die Aufrechnung mit Forderungen gegen das Reich gegen solche der Reichsgesellschaften in gewissem Umfang zuließ. Voraussetzung für die Gleichstellung von Reich und Reichsgesellschaft war nach der Rechtsprechung des BGH [10],

1) daß die Gesellschaft hoheitliche Tätigkeiten im Auftrag des Reiches durchführt und
2) das mit zweckgebundenen Mitteln, also treuhänderisch für das Reich;
3) daß ihre Geschäftstätigkeit abgesehen von dem rein technischen Betrieb ständigen Weisungen und der Kontrolle des Reiches unterstand;

schließlich

4) daß die sich zur Aufrechnung gegenüberstehenden Forderungen in engem Zusammenhang stehen.

Bei Vorliegen dieser Merkmale wurde die Gleichstellung

9) Griebel, S. 122 f, Meise S. 119.

10) So in L-M Nr.28 zu § 242 BGB; aufgebaut wurden diese Merkmale vor allem in BGHZ 3/316, dazu Breithaupt JR 1952/196 f, und in BGHZ 10/205 ff; Andeutungen schon in NJW 1952/817; angewendet z.B. in BGHZ 15/27.

nicht nur bei Einmanngesellschaften [11] durchgeführt, vielmehr auf Mehrmanngesellschaften, die stimmenmäßig [12] oder vertragsmäßig [13] vom Reich abhängig waren, erstreckt. Das OLG Hamburg hat sie dagegen für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts abgelehnt [14]. In der übrigen Rechtsprechung und Literatur ist die Zulässigkeit und der Umfang einer solchen Gleichstellung umstritten [15].

11) So für die Rüstungskontor GmbH: BGHZ 10/205, B 1953/779 f, L-M Nr. 28 zu § 242 BGB, LG Hamburg BB 1950/745, LG Bremen BB 1950/802, LG Hagen MDR 1951/167, LG Frankfurt/M., BB 1952/762, OLG Hamburg B 1954/648; abgelehnt von LG Berlin MDR 1951/489.

12) BGHZ 3/316 ff, freilich nur für Kriegsgesellschaften im Sinne des § 14 Ziff. 5 UmstG (Gesellschaften, die "in mittelbarem Besitz des Reiches" sind); die Bezugnahme auf diese unglückliche Gesetzesdefinition wurde in BGHZ 17/19, 26 aufgegeben.

13) So BGHZ 17/19 ff und OLG Hamburg, MDR 1951/428, hier hatte eine Tochtergesellschaft des Reichs außerdem einen Kapitalanteil von weniger als 51 % des Stammkapitals. Vgl. OLG Oldenburg, JR 1952, 210 ff.

14) NJW 1952/1217 f mit zustimmender Anm. von Recke.

15) Befürworter einer Aufrechnung sind vor allem Kegel, JZ 1951/385 ff, von Winterfeld NJW 1947/48, S. 19 ff, Sieveking, NJW 1950/84, MDR 50/610 und B 1951/656 ff, beide unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, Creifelds, JZ 1951/705 ff, Römer BB 1951/873 ff, gegen "Gesellschaften der Gefahrenzone", Göller, BB 1950/489 und das OLG Stuttgart, B 1953/60. Gegen einen Durchgriff sind vor allem Lehmann, JZ 1952/289, Gutbrod, BB 1950/440 f, JR 1951/363, Helmut Müller, NJW 1950/494, MDR 1951/541 und MDR 1952, 722 f und Sieber, BB 1950/656.

Diese Rechtsprechung dürfte davon herrühren, daß sich das Reich in einer konkursähnlichen Situation befand, die Ansprüche der Gläubiger des Gesellschafters, also des Reiches, ohne den Durchgriff gefährdet gewesen wären. Die Rechtsprechung hat aber die ebenfalls gefährdeten Interessen der anderen Beteiligten, vor allem die der Gesellschaftsgläubiger zu niedrig bewertet. Diese haben ein schutzwürdiges Interesse daran, daß ihnen das Haftungsobjekt durch die Aufrechnung nicht entzogen wird (§ 30 GmbHG) [16]. Der BGH hat mit Recht davor gewarnt, die Ergebnisse dieser Rechtsprechung auf Konzernverhältnisse auszudehnen [17], da die Kriegsgesellschaften unfreiwillig in diese Lage geraten sind, während der Unternehmer kraft freien Entschlusses eine abhängige Gesellschaft gründen kann. Die Rechtsprechung des BGH zeigt jedoch, daß selbst in Fällen so starker Abhängigkeit der Tatbestand der Beherrschung allein noch keinen Durchgriff rechtfertigt [18]. In der Beherrschung kann zwar - abstrakt - eine Gefährdung schützenswerter Interessen von Gläubigergruppen liegen, eine konkrete Gefährdung muß aber stets zusätzlich nachgewiesen werden. Auch dem BGH genügt der Tatbestand der Kontrolle allein nicht für den Durchgriff. Zunächst schränkt er den Durchgriff auf die Fälle ein, in denen Konnexität zwischen den sich gegenüberstehenden Forderungen besteht. Im Urteil vom 3.7.1953 [19] hebt er ferner auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ab, indem er für wesentlich

16) Vgl. die Anmerkung von Fischer zu BGH L-M Nr.4 zu § 13 GmbHG.

17) BGHZ 26/31 ff gleich L-M Nr. 4 zu § 13 GmbHG.

18) Vgl. dazu Drobnig, S. 36 ff.

19) BGHZ 10/205 ff (208).

hält, daß diese juristische Verselbständigung einer Dienststelle im Außenverkehr mit dem Vertragspartner eine Rolle spielen sollte. Interessant ist der Versuch Reinhardts [20], der eine Haftung der Kriegsgesellschaften aus dem Gesichtspunkt des Organisationsmangels herleitet. Auch diese Haftung setzt mehr als bloß den Tatbestand der Beherrschung voraus.

Ist der Gesellschafter selbst eine Kapitalgesellschaft, so geht der Schutz der Gläubiger dieser Muttergesellschaft über den oben erörterten Rahmen hinaus. Dann finden nämlich auch für diese Gläubiger, die [21] Vorschriften zur Schaffung und zur Erhaltung des Kapitals Anwendung. Hat der Gesellschafter der Muttergesellschaft unerlaubte Rückzahlungen erhalten, so haftet er nach § 56 AktG, wenn die Muttergesellschaft eine AG ist, nach den §§ 30, 31 GmbHG, wenn sie die Rechtsform einer GmbH hat. Besteht der begründete Verdacht, daß er der Muttergesellschaft unerlaubte Vermögenswerte entzogen und seinem Privatvermögen zugewendet hat, so haftet er den Gläubigern der Muttergesellschaft, sofern er nicht seinen guten Glauben an die Gesetzmäßigkeit der Zahlungen beweisen kann [22]. Hat der Gesellschafter durch diese Maßnahmen das Vermögen der Tochtergesellschaft bereichert, so haftet den Gläubigern der Muttergesellschaft das Vermögen der Tochtergesellschaft. Es haftet in diesem Fall aber beschränkt auf den Umfang der Bereicherung, denn insoweit hat die Tochtergesellschaft einen ungerechtfertigten Vermögenszuwachs erhalten. Einen darüber hinausgehenden Anspruch kann der Gläubiger nicht

20) S. 592 f.
21) Kapitel 6, S. 66 f.
22) Siehe oben Kapitel 6 Ziff. 1).

geltend machen, da sonst das Kapital der Tochtergesellschaft angegriffen und die Interessen ihrer Gläubiger beeinträchtigt würden. Entsprechendes gilt, soweit hierdurch das Vermögen anderer von dem Gesellschafter der Muttergesellschaft abhängiger Kapitalgesellschaften z.B. von Schwestergesellschaften bereichert ist. Im übrigen wird nach den obigen Ausführungen ein Durchgriff zu Gunsten der Gesellschaftergläubiger in wesentlich engerem Rahmen möglich sein als der Durchgriff zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger [23], nämlich dann, wenn § 826 BGB oder die genannten Schutzvorschriften (§§ 29 ff KO, 3 ff AnfG) nach deren Sinn und Zweck durch die Verwendung juristischer Personen verletzt sind.

Keine Besonderheiten gelten für den indirekten Haftungsdurchgriff zu Gunsten der Gläubiger des Gesellschafters [24]. Es handelt sich nicht um die Frage der Haftungserstreckung, sondern darum, ob und wieweit das Verhalten der Gesellschaft und des Gesellschafters eine Verpflichtung der Gesellschaft den Gesellschaftergläubigern gegenüber begründet. Benutzt der Gesellschafter seine im besonderen Fall gegebene gesteigerte Rechtsmacht dazu, interne Rechtsbeziehungen zu Ungunsten seiner Privatgläubiger zu ändern, also hierdurch Vermögenswerte der

23) Zu weit geht die Auffassung des RG in Recht 1905/168, das wegen einer Schuld des Alleingesellschafters den Arrest in das Gesellschaftsvermögen zuließ. Dagegen mit Recht Griebel, S. 141 f und Drobnig, S. 69, die zutreffend darauf hinweisen, daß ein Arrest nur in solches Vermögen möglich ist, das den Gläubigern haftet. Vgl. auch Serick, Rechtsform, S. 44 f.

24) Gegenüber den Ausführungen in Kapitel 6 Ziff. 3) S. 88 ff.

Gesellschaft zuzuschreiben, so haben die Privatgläubiger in der Regel einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft. Bei derartigen internen Vertragsverhältnissen trifft den Gesellschafter - wie oben dargelegt [25] - eine vertragliche Pflicht, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger durch Eingriffe in die Vertragsbeziehungen, die nur infolge der gesteigerten Rechtsmacht möglich sind, nicht zu schädigen, dieselbe Pflicht erwächst ihm gegen seine Privatgläubiger. Sind die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt, so haftet er ferner aus diesen Bestimmungen auf Schadensersatz. Für die Organgesellschaft gilt nichts Besonderes, zusätzliche Ansprüche auf Aufwendungsersatz bestehen nicht. In der Literatur wird in der Regel die Interessenlage gleich beurteilt, ob es sich um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger oder der Gläubiger des Gesellschafters handelt. Haußmann [26] gewährt bei Kollusion zwischen Gesellschafter und Gesellschaft zum Nachteil der Gläubiger diesen einen Anspruch aus § 826 BGB. Griebel [27] stellt fest, daß die Einmanngesellschaft dafür nach § 826 BGB hafte, daß der Einmanngesellschafter nicht in die Erfüllung ihrer Pflichten eingreift. Er läßt die Einmanngesellschaft nach § 826 BGB direkt dafür haften, daß sie nicht mit Wissen und auf Veranlassung des Einmanngesellschafters etwas tut, was der Einmanngesellschaft verboten ist [28]. Zurückhaltender, aber auch in diesem Sinne, äußert sich Meise [29] für die Organgesellschaft. Ein interessantes Problem zeigt die schon unter

25) Siehe oben Kapitel 6.
26) Tochtergesellschaft S. 41.
27) S. 105.
28) S. 111 ff.
29) S. 101 ff, 108 ff.

anderem Aspekt besprochene Lichtspielentscheidung des RG [30]. Es ging darum, daß ein Alleingesellschafter, dessen Gesellschaft ein Lichtspieltheater betrieb und einen Pachtvertrag bezüglich der Programmgestaltung abgeschlossen hatte, von diesem ihm lästigen Vertrag dadurch loskommen wollte, daß er diese Einmanngesellschaft auflöste und eine zweite gründete, der er das Lichtspieltheater übertrug und die mit dem Dritten keinen Vertrag abschloß. Das RG ließ die zweite Gesellschaft nach § 826 BGB haften. Fraglich ist, ob die oben genannte Vertragspflicht, die den Gesellschafter traf, durch Auflösung der vertragschließenden Gesellschaft erloschen ist. Zweite Frage: erstreckt sich diese Vertragspflicht auch auf die 2. Gesellschaft? Die erste Frage ist zu verneinen. Der Einmanngesellschafter hat gerade durch die Auflösung der Gesellschaft seine Pflicht aus dem Vertrag der Gesellschaft verletzt. Ein Schadensersatzanspruch entsteht infolge der Auflösung der Gesellschaft, obwohl die vertraglichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Dritten erloschen sind. Eine vertragliche Mithaftung der zweiten Einmanngesellschaft kann jedoch nicht bejaht werden. Die zweite Gesellschaft hat das Vertragsverhältnis des Dritten zu der ersten nicht gestört, deshalb besteht m.E. entgegen der Ansicht des RG auch kein Anspruch des Dritten gegen sie aus § 826 BGB. Durch die Gründung der zweiten Gesellschaft wird es dem Gesellschafter dagegen möglich, Schadensersatz im Sinne der Naturalrestitution zu leisten, denn es ist ihm zumutbar, seinen Einfluß auf die zweite Gesellschaft dahin auszuüben, daß diese ein entsprechendes

30) RGZ 114/68 ff, siehe oben S. 82 ff.

Vertragsverhältnis mit dem Dritten abschließt [31].

Die Frage, inwieweit diese internen Rechtsbeziehungen des Gesellschafters zu der Gesellschaft auf seine Stellung zu seinen Gläubigern von Einfluß ist, wird entsprechend wie oben [32] zu beantworten sein.

31) Zu diesem Problem siehe unten Kapitel 8, Ziff. 1).

32) Kapitel 6, Ziff. 2).

8. Kapitel: Schutz der Interessen von Personen, die mit der juristischen Person oder ihren Mitgliedern in Rechtsbeziehungen treten

Waren es in den beiden vorigen Kapiteln die typischen Gläubigerinteressen, die den Durchgriff geboten, so soll jetzt untersucht werden, inwieweit die Interessen dessen, der zu der juristischen Person oder den hinter ihr stehenden Personen Rechtsbeziehungen anknüpft, Schutz vor der Rechtsform der juristischen Person verdienen. Die beiden Tatbestände lassen sich freilich nicht scharf voneinander abgrenzen. Überschneidungen zu den oben behandelten Fällen sind möglich aber unschädlich.

Bei der nachfolgenden Untersuchung werden zwei Fragen zu prüfen sein:

1. Inwieweit werden die Rechtsbeziehungen einer juristischen Person zu einem Dritten inhaltlich dadurch verändert, daß hinter der juristischen Person einflußreiche Personen stehen?
2. Wann sind diese Rechtsbeziehungen auf die hinter der juristischen Person stehenden Persönlichkeiten zu erstrecken?

1. Die erste Frage könnte auch so gestellt werden: Wann muß sich die Gesellschaft das Verhalten ihres Gesellschafters zurechnen lassen? Von dieser Fragestellung geht Serick bei seiner Mißbrauchstheorie aus. Vorzuziehen ist indessen die etwas weitere Fragestellung Sieberts in BB 1954/417, wann sich die Gesellschaft Eigenschaften, Pflichten und Verhalten ihres (alleinigen) [1] Gesellschafters zurechnen lassen muß.

a. Von dieser weiteren Fragestellung soll ausgegangen und zuerst untersucht werden, unter welchen

1) So Siebert.

Umständen sich die Gesellschaft das V e r h a l t e n ihres Gesellschafters zurechnen lassen muß. Im Gefolge taucht die weitere Frage auf, ob dabei ein qualifiziertes, d.h. schuldhaftes Verhalten des Gesellschafters vorausgesetzt wird.

Kann z.B. der Vertragsgegner einer Einmanngesellschaft den Vertrag nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten, wenn er von deren Einmanngesellschafter arglistig getäuscht worden ist, der Geschäftsführer der Einmanngesellschaft hiervon aber nichts weiß? Die Literatur bejaht dies [2)] mit Recht. Zweck des § 123 Abs. 1 ist es, den Vertragsgegner vor unlauteren Machenschaften seines Vertragspartners zu schützen. Täuscht dagegen ein Dritter den Vertragsgegner ohne Wissen des Vertragspartners, kann zwar eine Haftung des Dritten aus unerlaubter Handlung gegeben sein, der Vertrag kann aber deswegen nicht angefochten werden. Der Alleingesellschafter hätte praktisch die Macht, die Gesellschaft selbst zu einer arglistigen Täuschung zu veranlassen. Kommt der Geschäftsführer nämlich etwa einer seiner Weisungen, den Vertragsgegner arglistig zu täuschen, nicht nach, so teht nichts im Wege, daß er sich selbst zum Geschäftsführer bestellt und dann den Vertragsgegner der Gesellschaft täuscht. In diesem Falle hätte der getäuschte Vertragsgegner ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung. Es darf ihm dann aber nicht deshalb genommen werden, weil der Einmanngesellschafter den andern Weg der Täuschung ohne Wissen der Gesellschaft für zweckmäßiger hält. In diesem Falle haben die Interessen des Vertragsgegners den Vorrang vor denen des

2) Serick, Rechtsform S. 43 mit weiteren Nachweisen, Siebert BB 1954/417, Reinhardt, S. 582 ff.

Gesellschafters und seiner Gläubiger, weil die Interessenlage im wesentlichen der bei der Täuschung des Vertragsgegners durch den Vertragspartner entspricht [3]. Ist die vertragschließende Gesellschaft keine Einmanngesellschaft, so wird man bei der Täuschung durch einen Gesellschafter dem Vertragsgegner dann ein Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB zubilligen, wenn der erstere die Macht hat, sich selbst oder einen willfährigen Dritten zum Geschäftsführer bzw. Vorstand zu bestellen, und zwar so rechtzeitig, daß eine Beeinflussung des Vertrages durch den neuen Geschäftsführer noch möglich wäre. Ausschlaggebend ist die Organisation der vertragschließenden Gesellschaft im Einzelfall. Man wird dies bei der AG seltener annehmen, als bei der GmbH, weil bei der AG der Vorstand durch den Aufsichtsrat bestellt wird, bei der GmbH direkt durch die Gesellschafterversammlung. Auch wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Satzung einer rechtzeitigen Geschäftsführerbestimmung im Wege steht, z.B. die Vertretung durch einen Alleingeschäftsführer und den Widerruf der Bestellung nur bei wichtigem Grund vorschreibt. In diesem Fall muß der täuschende Gesellschafter die Stimmenmacht für eine satzungsändernde Mehrheit haben. Ausschlaggebend ist also die im Augenblick des Vertragschlusses bestehende Macht, die der täuschende Gesellschafter über den Willen der Gesellschaft hat. Wollte man mit Serick [4] die wirtschaftliche Identität zwischen dem täuschenden Gesellschafter und der vertragschließenden Gesellschaft für ausschlaggebend halten, dann müßte dieser Durchgriff

3) Vgl. dazu Reinhardt, S. 582 ff.
4) Rechtsform, S. 43 mit weiteren Nachweisen.

ohne ersichtlichen Grund auf Verträge über Vermögensrechte beschränkt werden.
Ein Durchgriff kommt dann in Frage, wenn der Gesellschafter schuldhaft, nämlich arglistig täuscht.

Problematisch kann die Verschuldensfrage in dem von Serick mitgeteilten Versicherungsfall [5] werden. Verursacht z.B. der Einmanngesellschafter grob fahrlässig den Brand eines versicherten Gebäudes, das seiner Gesellschaft gehört, ohne daß dabei den Geschäftsführer der Gesellschaft ein Verschulden trifft, so fragt es sich, ob die Gesellschaft einen Anspruch auf die Versicherungssumme hat. Das kann im Blick auf § 61 VVG fraglich sein, wonach der Versicherungsnehmer die Versicherungssumme nicht fordern kann, wenn er den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt. Der Durchgriff ist hier entsprechend wie im vorigen Fall erforderlich, da der Gesellschafter die Macht hat, den Versicherungsvertrag auf dem Weg über die Gesellschaft oder ohne sie zu beeinflussen. Wenn er diese Macht hat, so darf er nicht als Privatperson das tun, was ihm in Ausübung seines Einflusses auf die Gesellschaft verboten wäre. Vielmehr löst sein Verhalten in beiden Fällen die Sanktion des § 61 VVG aus. Daraus ergibt sich dann auch die Antwort auf die Frage, ob nur ein arglistiges oder auch ein grob fahrlässiges Verhalten des Gesellschafters die Folgen des § 61 auslöst [6]. Da er eine direkte Möglichkeit hat, ein dem § 61 VVG entsprechendes Handeln der Gesellschaft herbeizu-

5) Rechtsform, S. 18 ff mit weiteren Nachweisen.

6) Vgl. zu dieser Frage Serick, Rechtsform S. 20, der sie ebenso wie Reinhardt, S. 584 dahingestellt läßt.

führen, erstreckt sich die in § 61 vorausgesetzte Pflicht auch auf ihn. Damit löst vorsätzliches wie grob fahrlässiges Herbeiführen des Versicherungsfalles durch den Gesellschafter die Folge aus, daß die Versicherungssumme nicht verlangt werden kann.

In anderen Fällen muß sich die Gesellschaft ein fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Gesellschafters (§ 276 BGB) zurechnen lassen. So in dem vom RG am 30.4.1912 [7] entschiedenen Fall. Der Vertragsgegner einer Einmanngesellschaft hatte seine Kaufpreisschuld nicht an die Gesellschaft, sondern auf ein Privatkonto des Gesellschafters gezahlt, der gleichzeitig Geschäftsführer der Gesellschaft war. Das Reichsgericht nahm an, daß die Zahlung Erfüllung der Vertragsschuld gegenüber der Gesellschaft nach § 362 BGB war; nicht deshalb, weil der Vertragsgegner die mehrfache Stellung des Gesellschafters, nämlich als Geschäftsführer und als Privatperson nicht habe gehörig unterscheiden können, sondern schon nach dem Zweck, zu dem die Zahlungen erkennbar geleitet worden sind. Auch hier hatte der Gesellschafter eine über das Normale hinausgehende, also gesteigerte Rechtsmacht, nämlich zu entscheiden, ob er die Leistung auf sein Privatkonto als Erfüllung gegenüber der Gesellschaft anerkennen wollte oder nicht. Dieser gesteigerten Rechtsmacht entspricht die Pflicht, diese Gelder, die erkennbar als Erfüllung gegenüber der Gesellschaft bezahlt worden sind, auch als solche anzunehmen. Sobald der Gesellschafter maßgebenden Einfluß auf die Durchführung des Vertrages hat, trifft ihn die Pflicht zur Vertragstreue. Verletzt er mit oder ohne

7) JW 1912/794 f. Zustimmend Soergel-Siebert, Anm. 21 vor § 21 BGB, Siebert BB 1954/417, Schumacher JW 1937/2243, vgl. Schilling, JZ 1953/161 und Wieland, S. 395.

Zwischenschaltung der juristischen Person (dem Vertragspartner des Dritten) diesen Vertrag, so hat der Dritte die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte. Es gilt die für den Vertrag maßgebende Verschuldensform gleichgültig, ob die Gesellschaft oder der Gesellschafter den Vertrag verletzt. Entsprechendes wird für gesetzliche Schuldverhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Dritten anzunehmen sein.

In einzelnen Fällen kann das Verhalten des Gesellschafters ein venire contra factum proprium darstellen. Einen solchen Fall hat einmal das RG entschieden [8]. Der Vorstand und einzige Gesellschafter einer AG hatte in deren Namen ein Hafengrundstück verkauft, dessen Begrenzung dem Wasser zu mit einer Linie angenommen wurde, die nach der Parteimeinung der mittleren Wasserlinie entsprach. Tatsächlich wurde dadurch aber ein Streifen von 1 m dazwischen ausgespart, der weiterhin der Gesellschaft gehörte und später im Wege der Versteigerung in das Eigentum des Einmanngesellschafters kam. Dieser klagte wegen Störung seines Eigentums, als der Vertragsgegner beim Verladen von Schiffsfracht diesen Streifen Land zwischen seinem Grundstück und den Schiffen überqueren mußte. Das RG hat die Klage als sittenwidrig abgewiesen. Sie hätte auch abgewiesen werden können, weil ein venire contra factum proprium des Einmanngesellschafters vorgelegen hat [9]. Es braucht hierbei nicht einmal darauf abgehoben werden, ob der Einmanngesellschafter diesen Vertrag

8) DR Ausgabe A 1939/1083 f.

9) In einer früheren Entscheidung (JW 1922/1520 f) hat das RG es dagegen unter Berufung auf die rechtliche Verschiedenheit abgelehnt, eine GmbH zur Einbringung von Warenzeichen zu verurteilen, die auf deren alleinigen Gesellschafter eingetragen waren.

selbst (für die Gesellschaft) geschlossen hatte, oder ein Dritter als Geschäftsführer der Gesellschaft. Diese Pflicht aus dem Vertrag der Gesellschaft erwächst ihm in jedem Fall dann, wenn er eine gesteigerte Rechtsmacht deshalb hat, weil er die Durchführung des Vertrages maßgeblich beeinflussen kann [10]. Hat er sie, so muß er sich umgekehrt auch das Verhalten der Gesellschaft zurechnen lassen, wenn diese in seine Rechtsbeziehungen mit Dritten eingreift. Das RG [11] hat daher einen Gesellschafter zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht verurteilt, die dahin ging, den Sitz und Betrieb eines zu gründenden Walfangunternehmens in W. zu errichten und nicht an einen andern Platz zu verlegen. Der Beklagte hatte zusammen mit einer Tochtergesellschaft eine Walfang-GmbH gegründet, deren Sitz zwar nach dem Gesellschaftsvertrag in W., tatsächlich aber in H. war. Das RG hat zu Recht entschieden, daß zwar grundsätzlich niemand dazu verurteilt werden kann, in der Gesellschafterversammlung in einem bestimmten Sinne abzustimmen, daß der Einmanngesellschafter aber auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges durch die Einmanngesellschaft verurteilt werden kann, gleichviel auf welchem Wege dies erreicht wird. Diese Rechtsprechung hat der BGH in BGHZ 25/115, 117 gebilligt.

b. Die Untersuchung, wann sich die Gesellschaft die E i g e n s c h a f t e n ihres Gesellschafters zurechnen lassen muß, geht - wie auch der Aufsatz von Siebert [12] - von einem weiten

10) Vgl. zu diesem Problem Hammer in MDR 1956/656 f.
11) RGZ 160/257 ff.
12) BB 1954/417, siehe oben S. 103 f.

Begriff der Eigenschaften aus. Es ist nicht der gesetzestechnische Begriff etwa des § 119 Abs. 2 BGB gemeint, sondern es geht um die Frage, inwieweit die personen- und vermögensrechtlichen Verhältnisse des Gesellschafters im Rahmen der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten mitberücksichtigt werden müssen. Das hängt davon ab, inwieweit die internen Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter die gesetzlich vorausgesetzte Interessenlage soweit zu Ungunsten des Dritten verschoben haben, daß neu bewertet werden muß. Dieses Erfordernis der Neubewertung kann daher rühren, daß infolge der internen Rechtsbeziehungen Interessen, die das Gesetz berücksichtigt, weggefallen sind oder daß hierdurch die Interessen des Dritten verstärkt gefährdet sind.

Der Wegfall des vom Gesetz bewerteten Interessengegensatzes spielte bei der Anwendung des § 892 BGB, mit dem sich die Rechtsprechung nach der Inflationszeit zu befassen hatte, die ausschlaggebende Rolle. Das RG und das KG hatten darüber zu entscheiden, ob bei einer Grundstücksübereignung von der juristischen Person auf ihre Mitglieder oder umgekehrt die in Papiermark zurückgezahlte Hypothek nach den Bestimmungen des Aufwertungsgesetzes [13] wieder einzutragen war, oder ob sich der Erwerber auch hier auf seinen guten Glauben berufen konnte, daß die gelöschten Hypotheken nicht mehr weiterbestünden [14]. Die Rechtsprechung nimmt an, daß die Gutglaubensvorschriften nur dann Anwendung finden können, wenn die Veräußerung des Grundstücks ein echtes Verkehrsgeschäft darstellt. Ein Verkehrsgeschäft liegt nicht vor, wenn auf beiden Seiten des Geschäfts dieselben

13) Vom 16.7.1925, RGBl. S. 117.
14) Vgl. dazu Epping, DRiZ 31/171 (172).

natürlichen Personen stehen. Diesen Grundsatz haben die Gerichte auch dann angewendet, wenn diese Personen auf der einen oder andern Seite des Geschäfts unter der Firma einer nichtrechtsfähigen Personenvereinigung z.B. einer oHG oder KG [15] oder - und hierin liegt der Durchgriff - in der Form einer juristischen Person aufgetreten sind. Es spielte nicht einmal eine Rolle, daß nicht immer eine vollständige Personenidentität vorlag; Voraussetzung war dann freilich, daß es sich bei den außenstehenden Personen um Strohmänner handelte [16]. Andernfalls wurde Gutglaubensschutz zu Gunsten der außenstehenden Personen gewährt [17]. Die Literatur wendet meist das Ergebnis dieser zum Aufwertungsrecht ergangenen Rechtsprechung auf den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken (§ 892 BGB) an [18]. Sie beschränkt den Durchgriff auf den Fall der Personenidentität, um eine schrankenlose Durchbrechung des Gutglaubensschutzes bei Beteiligung einer juristischen Person zu unterbinden. Freilich bleibt die Begründung für den Durchgriff vielfach unbefriedigend, so die Begründung Westermanns, daß in diesen Fällen eine wirtschaftliche Identität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorliege. Soergel-Baur begründet den Durchgriff damit, daß es an einem echten

15) Für Einmanngesellschafter RG HRR 31 Nr. 1047, für oHG: KG JW 1927/1431 mit ablehnender Anm. von Bing und JW 1927/1495. Weitere Nachweise bei Soergel-Baur, § 892 Anm. 18.

16) RGZ 130/390 ff.

17) Z.B. RG JW 1929/1387 f, JW 1930/3740 ff.

18) So Serick, Rechtsform, S. 217 ff, Baur, Sachenrecht, § 23 III b, Westermann, § 85 III 1 d, mit weiteren Nachweisen; ebenso RGZ 119/126 ff.

Verkehrsgeschäft fehle und das Grundstück bei der Veräußerung lediglich einem anderen Vermögensteil derselben Person zugeordnet werden sollte. Von diesem Hinweis Baurs geht der eigene Lösungsversuch aus: Entscheidend ist, daß der Gesellschafter maßgebenden Einfluß auf die Gestaltung des Grundstückserwerbes hat, und zwar derart, daß er als Veräußerer gleichzeitig die Durchführung des Erwerbes auf der Erwerberseite regeln kann, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt, und daß er ferner verhindern kann, daß dem Geschäftsführer die entsprechenden Unterlagen zugänglich gemacht werden. So hat er Einfluß auf den guten Glauben des die Gesellschaft vertretenden Organs, der den Einfluß übersteigt, den ein Grundstücksverkäufer normalerweise auf den guten Glauben des Käufers hat. In diesem Fall besteht kein Anlaß, die Interessen der vom Nichteigentümer erwerbenden Gesellschaft vor denen des wahren Grundstückseigentümers zu schützen. Die Anwendbarkeit des § 892 BGB ist also ausgeschlossen, und zwar nicht nur bei Personenidentität auf Veräußerer- und Erwerberseite sondern etwa schon dann, wenn der veräußernde Gesellschafter den Geschäftsführer der erwerbenden Gesellschaft ernennen kann und ihm gegebenenfalls Weisungen erteilen kann; oder wenn ein Grundstückserwerb zwischen Gesellschaften stattfindet, an denen zwar nicht die gleichen natürlichen Personen als Gesellschafter beteiligt sind, die aber beide unter maßgebendem Einfluß einer Person, etwa der Konzernspitze, stehen. In all diesen Fällen muß das Interesse des gutgläubigen Erwerbers hinter das Interesse des wahren Berechtigten zurücktreten.

Auch in andern Fällen ergibt die Prüfung der Normzwecke, daß die Gesellschaft den in der Norm eingeräumten Schutz wegen des gesteigerten Einflusses ihres Gesellschafters auf sie nicht braucht oder verdient. So hat das schweizerische BG im Urteil vom 30.1.1929 [19] mit Recht entschieden, daß ein Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft aus einer unerlaubten Handlung ihres Einmanngesellschafters nicht verjährt ist, wenn die Verjährungsfrist für die Deliktsansprüche gegen die Gesellschaft an sich schon abgelaufen, die Verfolgung gegen den straffälligen Gesellschafter jedoch noch nicht verjährt ist [20]. Im umgekehrten Fall gilt dasselbe: Der Gesellschafter muß sich gegebenenfalls das Verhalten seiner Gesellschaft zurechnen lassen: Das BG hat aus dem Bereich des Bürgschaftsrechts nach OR 492 ff zwei Fälle entschieden, deren wesentliche Gesichtspunkte auch für das insoweit entsprechende deutsche Bürgschaftsrecht gelten. Im Fall der Entscheidung vom 24.1.1927 [21] war der Verwaltungsrat und einzige Gesellschafter einer AG Bürge und Wechselbürge für eine Gesellschaftsschuld. Er bezahlte die Schuld und nahm gegen einen Mitbürger Regreß. Das BG versagte ihm diesen Anspruch trotz OR 148 [22], da der Einmanngesellschafter an der Kreditaufnahme durch die Gesellschaft ein

19) BGE 55 II 23, zustimmend Siegwart, S. 12, Haday S. 226, Schönle, Diss. S. 120, Schneebeli, S. 125, Griebel, S. 107.

20) Dazu OR 60 Abs. 2: "wird ... die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch."

21) BGE 53 II 25 ff.

22) OR 148 entspricht i.w. dem § 426 Abs. 1 BGB.

Selbstschuldnerinteresse gehabt habe. In dem vom BG am 11.10.1955 [23] entschiedenen Fall hatte eine AG aus abgetretenem Recht eine Forderung gegen die illiquide SP. AG. Die Forderung war durch die Bürgschaft des alleinigen Aktionärs (Wild) der SP. AG sowie durch die Bürgschaft eines Dritten (Wurm) gesichert. Auch die Aktien der Gläubigerin befanden sich zu 96 % in den Händen des Wild. Die Gläubigerin verlangte von Wurm im Prozeßwege die Bezahlung eines Teilbetrags der Forderung, wobei es offenbar eine Rolle spielte, daß Wild mit Wurm verfeindet war. Das BG wies die Klage ab, weil weder die Schuldnerin noch die Gläubigerin noch die sie beherrschende Person schutzwürdige Interessen vertreten würden. Das Vorgehen diene allein dem verwerflichen Zweck, den Mitbürgen wirtschaftlich zugrunde zu richten. In dem vom RG mit Urteil vom 16.12.1939 [24] entschiedenen Fall war der Aufsichtsratsvorsitzende einer AG fristlos entlassen worden, weil er einzelne Kunden der AG ohne sachlichen Grund bevorzugt habe, die zwar nicht ihm persönlich, aber seiner Einmanngesellschaft Schmiergelder überwiesen hatten. Das RG hat die Kündigung mit Recht gut geheißen. Eine Besonderheit gilt für diesen Fall: Die Kündigung aus wichtigem Grund ist m.E. nicht erst zulässig, wenn der Aufsichtsrat - wie hier - maßgebenden Einfluß auf das Verhalten der Gesellschaft hat, die die Gelder annimmt. Es ist denkbar, daß der Aufsichtsrat schon dann in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem Kunden gerät, wenn er als einfaches Mitglied der juristischen Person

23) BGE 81 II 455 ff. Zu beiden Entscheidungen zustimmend Schönle, Diss. S. 109, 112.

24) HRR 1940 Nr. 351.

angehört und sich durch die Wertsteigerung seines Gesellschaftsanteils oder durch die Aussicht auf Erhöhung der Dividende infolge der Schmiergelder gebunden fühlt.

In all diesen Fällen sind die Interessen der Gesellschaft oder des Gesellschafters weniger schutzwürdig als das Gesetz bei der Aufstellung der einschlägigen Normen voraussetzte. Auch die Interessen der Gläubiger des Gesellschafters sind nicht ausschlaggebend. Sie treten, da sie nur entfernt beteiligt sind, hinter denen des direkt beteiligten Vertragsgegners zurück.

c. In andern Fällen kann es fraglich sein, ob das Verhalten, die Eigenschaft des Gesellschafters oder lediglich die ä u ß e r e n U m s t ä n d e zu einem Durchgriff führen. Maßgebend ist hier wie in allen Fällen die Interessenlage. Inwieweit die verletzten oder gefährdeten Interessen gesetzlich geschützt sind, ergibt die Auslegung der in Frage stehenden Norm. So wurde im Bereich des Aufwertungsrechts in den 20-er Jahren mit dem Durchgriff ein vermögensrechtlicher Ausgleich der Wirkungen der Inflation im Einzelfall auf dem Wege der Billigkeit erstrebt. Das RG berücksichtigte [25] bei der Prüfung der Aufwertung einer Kaufpreisschuld nicht nur die Vermögenslage des Käufers, einer notleidenden GmbH, sondern auch die ihres wohlhabenden einzigen Gesellschafters. Damit schützte es mit Recht den Verkäufer, dessen Kaufpreisanspruch infolge der Inflation praktisch wertlos geworden war. Denn die Interessen des Verkäufers an der Aufwertung des Kaufpreises wogen schwerer als die Interessen des Einmanngesellschafters an der rechtlichen Verselbständigung

25) RGZ 129/50 ff.

eines Teils seines Vermögens, auch schwerer als die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die durch diesen Durchgriff nicht verletzt sondern nur gefährdet sind [26]. Der Grund für diesen Durchgriff liegt m.E. nicht so sehr darin, daß den Einmanngesellschafter eine gewisse Verantwortung für das Verhalten der Gesellschaft trifft (so Reinhardt), sondern in der durch die besondere äußere Situation der Inflationszeit hervorgerufenen Änderung der Interessenlage. Diese hat sich erheblich zu Ungunsten des Verkäufers geändert, so daß der Schutz seiner Interessen den Vorrang hat vor allen Interessen, die an der rechtlichen Verselbständigung einer Vermögensmasse bestehen. Aus denselben Gründen ist zu Gunsten des Veräußerers aller Geschäftsanteile einer Einmann-GmbH die Regelung des Aufwertungsgesetzes über die Aufwertung von Grundstücks-Kaufpreisforderungen anzuwenden, wenn der Vertrag mit Sicherheit erkennen läßt, daß der Zweck die Übertragung der im Besitz der Einmann-GmbH stehenden Liegenschaften ist [27].

26) Diese Interessen der Gesellschaftsgläubiger stellt Griebel, S. 125, der die Entscheidung ablehnt, in den Vordergrund, weil rechtlich keine Verpflichtung des Einmanngesellschafters bestehe, der Einmanngesellschaft neue Mittel zuzuführen. Die überwiegende Literatur hat dem RG zugestimmt: so Schumacher, JW 1937/2252, Wieland, S. 394, Friedlaender, S. 81, Siebert, BB 1954/417, Reinhardt, S. 586 und Serick, Rechtsform, S. 31 Anm. 4.

27) Bayerisches ObLG JW 1926/2377.

War es hier die besondere wirtschaftliche Situation der Inflationszeit, die eine Verschiebung der Interessenlage herbeiführte, so ist es in anderen - den häufigeren - Fällen die besondere Gestaltung der internen Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, die den Durchgriff erfordert. Diese können dazu führen, daß die Vertrauenswürdigkeit des Gesellschafters für die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaft so maßgebend ist, daß deren Vertragsgegner den Vertrag gemäß § 119 Abs. 2 BGB anfechten kann, wenn der Haupt- oder Alleingesellschafter unzuverlässig ist. So hat das RG [28] entschieden. Danach war einer Familien-GmbH die ausschließliche Berechtigung zum Verkauf von Kraftfahrzeugen bestimmter Typen übertragen worden. Der Vertragsgegner hatte den Vertrag angefochten, weil der Hauptgesellschafter, der als Bevollmächtigter für die Gesellschaft auftreten konnte und die Geschäftsführung im Innenverhältnis bestimmte, unzuverlässig war. Zuverlässig war dagegen der Geschäftsführer, der minderjährige Sohn dieses Hauptgesellschafters. Das RG hat die Anfechtung des Vertrages nach § 119 Abs. 2 BGB für wirksam erklärt. Dem ist mit der Literatur [29] zuzustimmen, weil der Hauptgesellschafter maßgebenden Einfluß auf die Durchführung des Vertrages nehmen konnte (Reinhardt). Entsprechendes gilt auch für den vom BGH entschiedenen Fall [30], in dem es darum ging,

28) Urteil vom 23.2.1934, RGZ 143/429.

29) Schumacher, JW 1937/2250, Siebert BB 1954/178, Soergel-Siebert, Anm. 21 vor § 21, Serick, Rechtsform, S. 178, Reinhardt, S. 582.

30) BGHZ 25/115 mit Zustimmung von A. Hueck, JR 1958/91 ff.

ob dem Kommanditisten ein Anspruch auf Einsicht in die Geschäftspapiere einer Verkaufs-GmbH nach § 166 HGB zusteht, deren Geschäftsanteile sich in der Hand der KG befanden. Es kann hier für das Einsichtsrecht des Kommanditisten keinen Unterschied machen, sagt der BGH mit Recht, ob die Verkaufsabteilung rechtlich verselbständigt ist oder nicht, da das Kontrollrecht des Kommanditisten weitgehend gefährdet wäre, wollte man es ihm bezüglich der GmbH verweigern. Hier zeigt sich, daß den Interessen des Kommanditisten an der Durchführung seines Kontrollrechtes keine wesentlichen schützenswerten Interessen der KG an der Verweigerung dieser Kontrolle entgegenstehen. Schützenswerte Interessen der Gläubiger der juristischen Person werden von der Erstreckung des Kontrollrechts allein noch nicht berührt.

Das interne Rechtsverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft spielt auch im Rahmen des Abzahlungsgesetzes eine Rolle: Zum Beispiel finanziert jemand ein Kaufgeschäft auf die Weise, daß er von einer abhängigen Gesellschaft des Verkäufers ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises erhält und damit die Kaufsache in bar bezahlt, das Darlehen der Gesellschaft in Raten zurückzahlt und ihr zur Sicherheit für die Darlehensforderung das Eigentum an der Kaufsache überträgt. Da kein Abzahlungsverkauf vorliegt, sind die §§ 1 - 5 AbzG direkt auf diese Kauffinanzierung nicht anwendbar. Auch § 6 des AbzG, der die §§ 1 ff für Verträge mit demselben Zweck für anwendbar erklärt, erwähnt den Sonderfall nicht, daß eine dritte Person in das Kundenfinanzierungsgeschäft eingeschalten ist. Die Rechtsprechung des RG und des BGH und die Lehre haben die Bestimmungen der §§ 1 ff AbzG dennoch auf derartige

Finanzierungen unter der Voraussetzung angewandt, daß die Verträge eine Einheit bilden und der Käufer hierdurch wirtschaftlich in die gleiche Lage kommt wie beim Abzahlungskauf [31], ferner bei wirtschaftlich voller Identität zwischen der Verkäuferin und der Darlehensgeberin [32]. Bezüglich der Einzelheiten der Rechtsentwicklung wird auf die ausführliche Darstellung bei Serick [33] verwiesen. Serick will im Blick auf § 6 AbzG und die zitierte Rechtsentwicklung ausnahmsweise einen Durchgriff zulassen, ohne daß eine Umgehungsabsicht vorzuliegen braucht. Man kann dieses Ergebnis auch auf dem Wege der Prüfung der Interessenlage rechtfertigen: Die Interessen des Abzahlungskäufers sind gleich stark gefährdet, ob ein Abzahlungskauf oder ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt, wenn dieses dem Käufer dieselben Bedingungen auferlegt, die ihn beim Abzahlungskauf treffen würden. Andererseits ist die Interessenlage dann auch auf Seiten des Verkäufers ähnlich wie beim normalen Abzahlungskauf, wenn er infolge der internen Rechtsverhältnisse sowohl den Kaufvertrag wie den Darlehensvertrag maßgeblich beeinflußt hat und infolge seines Einflusses auf die Tochtergesellschaft in der Lage ist, das Geschäftsergebnis der Tochtergesellschaft so zu gestalten, daß ihm die Vorteile aus dem Abzahlungskauf zukommen. Terminologisch wird man auf den schillernden Begriff der wirtschaftlichen Identität besser verzichten. Eine vollständige wirtschaftliche Identität zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft liegt gerade wegen der rechtlichen

31) So BGH in L-M Nr. 2 zu § 6 AbzG, KG JW 1931/75 ff.
32) So RGZ 131/213 (225), RGZ 152/285.
33) Rechtsform, S. 21 ff, 208.

Trennung der Vermögensmassen nie vor. Besser ist es daher, die Interessenlage im Einzelfall zu beurteilen und zu bewerten. Man wird mit der Neubewertung zurückhaltend sein, weil die Ergebnisse im Wege der Rechtsfindung erzielt werden müssen und das Gebot der Rechtssicherheit für eine Beibehaltung der im Einzelgesetz ausgesprochenen Interessenbewertung spricht, wenn nur eine unbedeutende Interessenverlagerung vorliegt. Der BGH [34] hat sich deshalb bei der Gleichsetzung einer Organgesellschaft mit der Obergesellschaft mit Recht zurückgehalten und entschieden, daß ein Organverhältnis die Organgesellschaft nicht berechtigt, etwa Arbeitskräfte einer Schwestergesellschaft für eigene Zwecke einzusetzen, ohne der Schwestergesellschaft einen finanziellen Ausgleich zu gewähren.

d. Eine andere Frage ist die, ob der Kauf sämtlicher Gesellschaftsanteile einer Gesellschaft als Kauf des Gesellschaftsvermögens klassifiziert werden kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird man dies nur zulassen können, wenn sonst wichtige Schutzvorschriften vor allem Vorschriften zum Schutze der Käufer außer acht gelassen würden[35].

Ein Fall dieser Art wurde bereits oben [36] erwähnt: Im Bereich des Aufwertungsrechtes war es gerechtfertigt, dem Verkäufer der Anteile einer Grundstücksgesellschaft die günstigeren Vorschriften über die Aufwertung von Grundstückskaufforderungen zuzubilligen, weil seine Interessen durch die Ereignisse der Inflationszeit sonst erheblich verletzt worden wären.

34) WM 1955/413 (414).
35) Vgl. dazu auch RGZ 133/7 (10).
36) S. 116.

Das Gesetz läßt vielfach (vor allem in den §§ 106 ff BGB [37]) erkennen, daß ihm der Schutz des Vermögens des Minderjährigen ein wichtiges Anliegen ist. Daher ist es gerechtfertigt, das Erfordernis der vormundschaftlichen Genehmigung nach den §§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1 (Verfügung über ein Grundstück) und 1822 Ziff. 3 (entgeltlicher Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts) BGB auf den Fall der Anteilsübertragung auszudehnen [38]. Eine Gleichsetzung ist nach dem Schutzzweck dann erforderlich, wenn die Übertragung der Anteile den Zweck hat, das Erwerbsgeschäft bzw. das Grundstück als Ganzes zu übertragen (Indiz: gleichzeitige Übertragung aller Anteile) und wenn die Anteile des Minderjährigen genügen würden, die Gesellschaft zu veranlassen, das Grundstück bzw. das Erwerbsgeschäft zu veräußern oder entgeltlich zu erwerben [39]. In diesen Fällen erfordert der Schutz des Minderjährigen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, wenn der Vormund z.B. als Geschäftsführer das Grundstück bzw. das Erwerbsgeschäft der Gesellschaft veräußert oder entgeltlich erwirbt [40].

37) Vgl. die einschlägigen Kommentare und Lehrbücher.

38) So KG JW 1926/600, JW 1927/2578 und Serick, Rechtsform, S. 25, der bei wissentlicher Umgehung die §§ 1821 ff anwenden will, jeweils mit weiteren Nachweisen.

39) Eine solche Machtstellung gebieten die Anteile des Minderjährigen in den beiden vom KG entschiedenen Fällen, nicht in dem Fall in RGZ 133/7 ff, wo die Minderjährigen lediglich 4/9 des Stammkapitals inne hatten. Das RG hat daher mit Recht eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für erforderlich gehalten.

40) Das RG erwähnt diesen Fall der Grundstücksveräußerung durch die Gesellschaft, ohne ihn der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterwerfen zu wollen (RGZ 133/11).

Dagegen bedarf die Veräußerung aller Anteile einer Grundstücksgesellschaft nicht der für den Grundstückskauf vorgeschriebenen Form, weil die Gefahr vor Übereilung, vor der die Formvorschrift des § 313 BGB schützen will, schon deshalb ausgeschlossen ist, weil nach § 15 Abs. 3 GmbHG die Mitwirkung eines Notars oder Richters vorgeschrieben ist. Daher haben das RG [41] und das schweizerische BG [42] mit Recht die Anwendung der Formvorschriften des § 313 BGB bzw. OR 216, ZGB 657 verneint. Das RG hat auch ein Vorkaufsrecht eines gemeinnützigen Siedlungsunternehmens nach dem Reichssiedlungsgesetz [43] bei Veräußerung aller Geschäftsanteile einer GmbH, die als einziges Vermögen ein landwirtschaftliches Grundstück besaß, abgelehnt. Das Reichssiedlungsgesetz sei ein nicht der ausdehnenden Auslegung fähiges Sondergesetz, das in das Eigentum eingreife [44]. Ebenso hat es das RG abgelehnt, § 892 BGB auf den Erwerb aller Anteile einer AG anzuwenden [45]. Auch § 892 BGB ist eine Norm, die nicht ausdehnend ausgelegt werden darf, weil sie in die Rechte des wahren Eigentümers eingreift und der gute Glaube des Käufers der Anteile schon deshalb nicht in demselben Umfang geschützt wird, weil sich der Vorgang des Anteilskaufes außerhalb des Grundbuchs vollzieht.

41) JW 1925/110 ff, RGZ 118/385 (388), mit Zustimmung von Serick, Rechtsform, S. 24 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen.

42) BGE 45 II 33 (34), Praxis XVI (1927), S. 449 ff, Maday, S. 151, ablehnend wohl Schneebeli, S. 190.

43) Vom 11.9.1919, RGBl. S. 1429.

44) RGZ 104/42, zustimmend Serick, ablehnend Friedlaender, S. 80, Schumacher, JW 1937, S. 2252, Maday, S. 230.

45) RGZ 118/385 ff, ebenso Serick, Rechtsform, S. 198, Anm. 2.

Fraglich kann sein, ob bei dem Verkauf aller Anteile einer Gesellschaft den Verkäufer eine Gewährleistungspflicht nach §§ 459 ff BGB für solche Sachmängel trifft, die an Sachen, die der Gesellschaft gehören, bestehen. Beispiel (in Anlehnung an RGZ 86/146 ff): Jemand hatte das Recht erworben, auf bestimmten Grundstücken nach Erdöl zu graben. Er veräußerte sowohl seine Grundstücke wie das Bohrrecht an eine GmbH, deren Anteile er besaß. Nunmehr übertrug er die Anteile der Gesellschaft uno actu auf einen Dritten. Dieser stellte nach dem Erwerb fest, daß sich das Bohrrecht nur auf einen Teil der Grundstücke erstreckte, die in dem Bohrrechtübereignungsvertrag zwischen dem Einmanngesellschafter und der Gesellschaft genannt waren. Kann er die Rechte aus den §§ 459 ff BGB geltend machen? Das RG hatte unter Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft eine Sachmängelhaftung (und entsprechend eine Anfechtbarkeit des Vertrages nach § 119 BGB) abgelehnt [46], da es sich um Mängel der Grundstücke, nicht der Anteile handle. Seit RGZ 120/283 hat das RG derartige Gewährleistungsansprüche nach Treu und Glauben anerkannt; eindeutig [47] seit RG JW 1930, S. 37/40 f mit der Ergänzung, daß es nicht darauf ankomme, ob nach dem Willen der Vertragsparteien der Zweck der Anteilsübertragung die Übertragung des von der Gesellschaft geführten Unternehmens sei. Diese Gewährleistungsansprüche stünden dem Erwerber vielmehr schon nach der Verkehrsauffassung und unabhängig von den Parteivereinbarungen zu, weil ihm durch die Übertragung aller Anteile tatsächlich die gleiche Stellung eingeräumt werde, wie wenn

46) RGZ 86/146 ff und RGZ 100/200.

47) So schon RGZ 120/183 (187), anders die später ergangene Entscheidung in HRR 1928 Nr. 1188.

er das Unternehmen selbst gekauft hätte [48]. Inzwischen hat sich das OLG Hamburg im Urteil vom 30.7.1952 [49] dieser Rechtsprechung angeschlossen. Das schweizerische BG hat für diesen Fall im Urteil vom 31.3.1953 [50] keine Gewährleistungsansprüche anerkannt, aber eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 Nr. 4 [51] zugelassen. Es hält einen Irrtum über Eigenschaften des der Gesellschaft gehörenden Rechts (bzw. Sache) dann für wesentlich, wenn sie offensichtlich als Grundlage für die Berechnung des Übernahmepreises der Aktien gedient haben und vernünftigerweise anzunehmen ist, daß der Käufer bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag nicht oder nicht zu den vereinbarten Bedingungen abgeschlossen hätte. Die Regelung des schweizerischen Rechts über die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wegen

48) Allerdings nur dann, wenn alle Aktien verkauft werden (RG HRR 1929, Nr. 5, DR 1944/485 ff) und zwar uno actu (RG HRR 1929, Nr. 6), und wenn die Übertragung auf einen oder eine Anzahl gleichberechtigter oder gleichverpflichteter Erwerber vollzogen worden ist (RGZ 122/378 (381). In der Literatur zustimmend vor allem Fuchs, JW 1928/1584, Dietrich DR 1944/487, der die Gewährleistung auch auf die Rentabilität des Unternehmens ausdehnen will, Schumacher, JW 1937/2252, Schilling, JZ 1953/163 ff und Soergel-Siebert, Anm. 21 vor § 21 BGB. Ablehnend: Roth, JW 1928/1392 ff und Serick, Rechtsform, S. 35 ff (Beschränkung auf bewußte und gewollte Vertragsverletzung), mit weiteren Nachweisen.

49) MDR 1953/49 f.

50) BGE 79 II 155 (162/3), zustimmend Schönle, Diss. S. 148.

51) OR 24 Nr. 4 lautet: "Der Irrtum ist namentlich ... ein wesentlicher, wenn der Inhalt einen bestimmten Sachverhalt betraf, der von dem Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde".

Irrtums (OR 18, 23 ff) entspricht im wesentlichen den §§ 119 ff BGB. OR 24 Nr. 4 entspricht dem im deutschen Recht nicht besonders geregelten Irrtum über die Geschäftsgrundlage [52]. Das RG gewährte diese Ansprüche in weiterem Rahmen (entscheidend: Verkehrsauffassung, Folgen: kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche u.a.) als das BG. Meines Erachtens ist in diesen Fällen ein Durchgriff überhaupt abzulehnen. Zwar könnte man bei der Beurteilung der Interessenlage in diesen Fällen davon ausgehen, daß der Gesellschafter, der alle Anteile einer Grundstücksgesellschaft verkauft, auch die Macht gehabt hätte, die Gesellschaft zu veranlassen, das Grundstück direkt zu verkaufen. Aus dieser gesteigerten Rechtsmacht läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen, daß dann die dem Vertragsgegner günstigste Regelung anzunehmen ist, daß also die Sachmängelhaftung sich in jedem Fall auf die Mängel des Grundstücks erstreckt. Dies deshalb nicht, weil der Vertragsgegner selbst in der Lage ist, seine Interessen zu schützen. Kommt es ihm auf diesen Rechtsschutz an, so kann er ihn entweder zusätzlich zu der Anteilsübertragung mit dem Gesellschafter vereinbaren oder versuchen, das Grundstück direkt von der Gesellschaft zu kaufen. Der Schutz seiner Interessen fordert daher keinen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person. Es liegt auch kein Irrtum über wertbildende Faktoren vor, da sich dieser Irrtum nicht auf die Eigenschaften der Geschäftsanteile selbst bezieht. Die Frage, ob trotzdem die Regeln der §§ 119, bzw. 459 ff BGB Anwendung finden,

52) Vgl. hierzu Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, S. 265 ff, Enneccerus-Nipperdey, § 177 S. 1076 ff.

ist kein Problem des Durchgriffs, sondern eine Frage der Vertragsauslegung. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Zweck des Anteilsverkaufes tatsächlich der einer Grundstücksübertragung war, vielmehr kommt es darauf an, ob aus der Vereinbarung selbst zu entnehmen ist, daß der Käufer Gewährleistungsansprüche aus den §§ 459 ff BGB auch für die Grundstückseigenschaften erhalten sollte. Ein wichtiges Indiz hierfür liegt vor, wenn die Parteien nur die Übertragung des Grundstücks gewollt haben, oder wenn sich der Preis der Anteile nach dem Wert des Grundstücks bemißt, doch müssen m.E. noch weitere Anzeichen dafür sprechen, daß der Verkäufer die Gewähr für das Fehlen von Mängeln übernehmen wollte. Gibt der Vertrag keinen Anhaltspunkt hierfür, so genügt es nicht, wie das RG zuletzt entschied, daß die Verkehrsauffassung von einer Gewährleistung auch für genannte Mängel ausgehe. Entsprechend kann sich beim Auftreten eines dem Grundstück anhaftenden Sachmangels zeigen, daß sich die Parteien über die Geschäftsgrundlage geirrt haben. Auch hierfür müssen weitere Indizien sprechen.

Ein Problem anderer Art stellt sich bei der Frage, ob der Kauf oder die Verwertung eines sog. Aktienmantels [53] zulässig ist. Das KG hat in den Entscheidungen vom 3.7.1924 und vom 18.12.1924 [54] im Widerspruch zu den Entscheidungen anderer Obergerichte [55] den Verkauf aller Anteile einer GmbH

53) Den Begriff des Aktienmantels hat das KG in HRR 1933 Nr. 633 so umschrieben, daß die Gesellschaft im Augenblick des Mantelkaufs "in Ermanglung eines von ihr noch betriebenen Unternehmens und in Ermanglung eines zur Aufnahme dieses oder eines andern Betriebes ausreichenden Vermögens keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat."

54) JW 1924/1535 ff und 635 ff.

55) Vor allem das OLG Dresden, JFG 8/157, das RG hat die Frage in JW 1934/27 dahingestellt sein lassen.

dann für sittenwidrig erklärt, wenn der Erwerber das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen nicht weiterführt und sich die Vertragsparteien bei der Übereignung darüber einig sind, daß die "vorhandene Gesellschaft nur als Deckmantel für die Begründung eines neuen Geschäftes" benutzt wird. Das KG hat mit dieser Entscheidung einen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person gewährt, weil es festgestellt hat, daß der Kauf des Aktienmantels - den wirtschaftlichen Zielen der Parteien entsprechend - die Auflösung der bestehenden Gesellschaft unter gleichzeitiger Gründung einer neuen darstelle. Die Neugründung hält das KG folgerichtig für unwirksam, weil sie die verbotene Gründung einer Einmanngesellschaft darstelle (vgl. § 2 GmbHG). In HRR 1933 Nr. 633 hat es expressis verbis ausgesprochen, daß der Mantelkauf gemäß § 134 BGB nichtig sei, weil die Mantelverwertung gegen die Vorschriften über die Gründung juristischer Personen verstoße. Die Ansichten in der Literatur sind geteilt. Für die Zulässigkeit des Kaufs von Aktienmänteln wird vor allem angeführt, daß in der Regel kein wirtschaftliches Interesse daran bestehe, eine vorhandene Gesellschaft aufzulösen und gleichzeitig eine neue zu errichten (Hachenburg [56]). Die Tatsache, daß ein Einzelunternehmer durch den Kauf eines Aktienmantels die Haftung für sein Unternehmen von Anfang an beschränken könne, sei ungefährlich, da die Haftungsbeschränkung den Vertragsgegnern ja bekannt sei (Breit [57]). Überwiegend vertritt das Schrifttum den Standpunkt, daß der Mantelkauf dann unzulässig

56) JW 1924/1536.
57) JW 1925/635 ff.

sei, wenn die Mantelverwertung im besonderen Fall eine Gesetzesumgehung darstelle [58].

Im Gegensatz zu den deutschen Gerichten hat das schweizerische BG eine gefestigte Rechtsprechung zu dem Problem entwickelt. Es vertritt den strengen Standpunkt. Vorweg ist zu bemerken, daß das - für den Problemkreis maßgebende - schweizerische Recht dem deutschen entspricht. Unter anderem besteht sowohl im schweizerischen Recht (§§ 60, 89 und 90 h der HRVO von 1937 [59] wie im deutschen Recht (§ 2 des Löschungsgesetzes [60]) die Pflicht des Handelsregisterrichters, eine tatsächlich nicht mehr bestehende Gesellschaft zu löschen. Das BG kam zu dem Ergebnis, daß der Kauf eines Aktienmantels nach OR 19, 20 sittenwidrig sei, weil der mit dem Kauf verfolgte Zweck der Mantelverwertung eine Gesetzesumgehung darstelle [61]. Nach BGE 55 I 134 (137) liegt eine Umgehung der Vorschriften über die Gründung einer AG vor, nach BGE 64 II 361 (mit ausführlicher Begründung) die Umgehung der Löschungspflicht. Die letztgenannte Entscheidung prüft

58) So vor allem Hachenburg-Schilling, Anm. 59 und 60 vor § 2 mit weiteren Nachweisen, Serick, Rechtsform, S. 29 ff (Steuerumgehung:RFH 1/126) mit weiteren Nachweisen und Byk, JW 1924/1535 ff; für grundsätzlich unzulässig halten den Mantelkauf vor allem Fischer, JW 1934/27 und Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 6.

59) VO über das Handelsregister vom 7.6.1937, Änderungen vom 24.3.1947 bei Oser/Schönenberger, Schweizer. ZGB und OR, S. 588 ff.

60) Gesetz über die Auflösung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9.11.1934.

61) Vgl. Maday, S. 258.

übrigens das Vorhandensein eines Umgehungsbewußtseins und hebt hervor, daß den Parteien bewußt gewesen sei, oder nach der gefestigten Gerichtspraxis hätte bewußt sein müssen, daß ein derartiges Gebilde im öffentlichen Interesse hätte gelöscht werden müssen (S. 363) [62]. Im übrigen präzisiert das BG in dieser Entscheidung seine Stellungnahme in zweifacher Richtung:

1. hält es eine wirtschaftliche Neugründung für zulässig, auch wenn sie mit dem Verkauf der Anteile im Zusammenhang stehe (S. 364/5),
2. stellte es klar, daß die Verwertung eines Aktienmantels keine Umgehung der Gründungssteuernorm darstelle, da es "nicht gegen die guten Sitten verstoße, wenn eine Partei, um bestimmte wirtschaftliche Ziele zu erreichen, einen andern, an sich erlaubten Weg wählt, als den, der zur Erhaltung der Steuer" führt (so BGE 55 I 346) [63].

Die Ansichten in der schweizerischen Literatur zu diesem Problem sind geteilt. Maday, Siegwart, wohl auch Schucany [64] nehmen den strengen Standpunkt des BG ein, daß die Mantelverwertung (und damit der Mantelkauf) nichtig sei, weil sie eine Umgehung der

62) Ähnlich schon BGE 55 II 136, BGE 55 I 196 und 346. Der Gesellschaft war in beiden Fällen noch formell ein gewisser Vermögenswert belassen worden. BGE 65 I 140, 67 I 361, ferner BGE 80 I 30: für den Fall, daß die Bilanzwerte mit bestimmten Aktiven aufrecht erhalten werden, sofern diese Aktiven aufgelöst sind (d.h. Bargeld, Bankguthaben geworden sind) und mit ihnen der Kauf der Anteile finanziert wird (S. 32). Einschränkend BGE 80 I 60 (62): Untätigkeit von g e w i s s e r D a u e r stellt ein Indiz für die tatsächliche Aufgabe der Gesellschaft dar.

63) Ähnlich BGE 64 II 372 (eine Steuerumgehung ist strafbar, aber zivilrechtlich gültig).

64) Maday, S. 260 ff mit weiteren Nachweisen, Siegwart, Rektoratsrede, S. 14, Schucany Anm. 2 zu Art. 746. Vgl. Guhl, S. 509.

Gründungsvorschriften enthalte. Schneebeli, Fehr und Curti [65] wollen dagegen nur von Fall zu Fall untersuchen, ob eine Umgehung des Gesetzes oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliege. Der Gesetzgeber hat die Lösung des Problems ausdrücklich der Literatur und Rechtsprechung überlassen [66].

Durch den Mantelkauf und die Mantelverwertung werden die öffentlichen Interessen verletzt, die darin bestehen, daß leere Rechtsgebilde in der Form der Aktienmäntel auch aufgehoben werden. Diese Interessen sind nicht so schwerwiegend, daß man ihretwegen dem Erwerber verbieten könnte, ein Unternehmen auf diesem Wege und ohne die zeitraubenden Gründungsformalitäten neu zu gründen. Andererseits können durch die Mantelverwertung die Interessen künftiger Vertragsgegner der Gesellschaft gefährdet sein, da die Kautelen, die in dem Gründungsvorgang zur Schaffung des Gesellschaftskapitals enthalten sind, nicht angewendet werden können, es also von dem guten Willen des Erwerbers abhängt, ob er das nötige Kapital der Gesellschaft tatsächlich zuführt. Tut er das, dann kann ihm der Vorteil, sich durch den Kauf und die Verwertung des Aktienmantels das zeitraubende Gründungsverfahren zu ersparen, nicht versagt werden. Deshalb wird man, um ausschließlich die unreellen Geschäfte zu erfassen, vor allem danach entscheiden, ob der

65) Schneebeli, S. 143 f mit weiteren Nachweisen, Fehr, S. 87 f, Curti S. 26 f.

66) Die Botschaft des Bundesrates zu E III (56) (zitiert bei Fehr S. 88) kommt zu der Auffassung, daß der Verkauf des Aktienmantels eine Umgehung der Gründungsvorschriften sei, führt dann aber fort: "Jede Formulierung im Gesetzestext läuft indes Gefahr, entweder neu auftretenden Umgehungsformen den Weg offen zu lassen, und alsdann ihren Zweck zu verfehlen, oder aber durch zu allgemeine Fassung auch Umwandlungen zu treffen, die nicht zu beanstanden sind."

Erwerber bei dem Aktienkauf die Absicht hatte, sich die Kosten zu ersparen, die die Schaffung eines Grundkapitals bei einer (rechtlichen) Neugründung mit sich bringen würde, ob er also die G l ä u b i g e r - s c h u t z - Vorschriften umgehen wollte oder nicht. An den Beweis dieser Absicht wird man keine hohen Anforderungen stellen dürfen. Es wird z.B. das Indiz genügen, daß der Erwerber das erforderliche Vermögen gar nicht verfügbar hatte.
Es ist also der strengeren Auffassung zu folgen. Möglich ist, daß der Mantelkauf die Umgehung anderer Normzwecke (z.B. Erlangung eines sonst nicht erreichbaren Depotrechts für Banken, einer gewerblichen Konzession) [67] bezwecken sollte. Alle diese Umgehungen machen den Mantelkauf nichtig. Sie können auch gegeben sein, ohne daß bei der Mantelverwertung eine Umgehung der Gläubigerschutzvorschriften vorzuliegen braucht.

2. Die zweite Frage, die am Kapitelanfang gestellt wurde, ging dahin, wann der Durchgriff zu Gunsten dessen, der mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt, zu einem u n m i t t e l b a r e n A n s p r u c h dieses Dritten gegen die Gesellschafter führt. Entsprechend muß auch geprüft werden, ob und wann mit Hilfe des Durchgriffs dem Vertragsgegner der Gesellschafter ein unmittelbarer Anspruch gegen die Gesellschaft gewährt werden muß. Die Rechtsprechung hat sich mit diesem Fragen nur selten befaßt: In dem vom RG am 14.11.1933 [68] entschiedenen Fall hatte eine Gesellschaft, an der ein Elektrizitätswerk zu 55 % beteiligt war, dem

67) Die Fälle sind selten. Nachweise bei Maday, S. 269 ff.
68) RGZ 142/219 = JW 1934/158 mit Anmerkung von Lehmann.

vertraglichen Verbot des E-Werkes zuwidergehandelt, das dahin ging, in einem bestimmten Gebiet weder "mittelbar noch unmittelbar" ohne Genehmigung des Klägers Strom abzugeben. Das RG hat die Klage abgewiesen und einen unmittelbaren Anspruch nur für den - hypothetischen - Fall anerkannt, daß die Gesellschaft zum Zweck der Umgehung von der Beklagten gegründet worden wäre, somit die Voraussetzungen des § 826 BGB vorlägen. Lehmann lehnte den Standpunkt des RG als zu eng ab. Auf dem Wege der Vertragsauslegung (Verbot der mittelbaren Beeinträchtigung) kommt er zu einer Verpflichtung der Gesellschaft zur Unterlassung des Wettbewerbs. Im Ergebnis ebenso Soergel-Siebert [69] und Serick [70]. Friedlaender [71] lehnt anscheinend eine unmittelbare Haftung der Gesellschaft ab und hält stattdessen eine vertraglich übernommene Garantiepflicht der vertragschließenden Partei für verletzt. Das schweizerische BG hat am 11.12.1945 [72] einen ähnlichen Fall anders als das RG entschieden: Der Kläger hatte jemandem die Verwertung seines Patentes übertragen und sich dabei ausbedungen, daß der Vertragspartner ihm vor allem Erfahrungen, Verbesserungsvorschläge usw. mitteilt und den Absatz der Erzeugnisse auf das Schweizer Bundesgebiet beschränkt. Im Vertrag war die Übertragung auf den Käufer "oder eine von ihm namhaft gemachte Person" vorgesehen. Der Vertragsgegner übertrug die Patentverwertung an die Beklagten, nämlich zwei Aktiengesellschaften. An diesen beiden Aktiengesellschaften besaß der Partner einen Kapitalanteil von je 50 %. Er war darüberhinaus von seinen Mitaktionären zum Vertreter bestellt worden. Die

69) Anm. 21 vor § 21 BGB.
70) Rechtsform, S. 32 Anm. 1.
71) Konzernrecht, S. 170, 212.
72) BGE 71 II 272 ff.

Gesellschaften weigerten sich , die genannten Vertragsklauseln zu erfüllen. Das BG verurteilte sie im Rahmen von Treu und Glauben zur Erfüllung, da die Gesellschaften wirtschaftlich von ihrem Hauptaktionär abhängig seien. Ihr Geschäftsbetrieb sei ähnlich wie der einer Einmanngesellschaft bezüglich dieser Verpflichtung (oder eines Konkurrenzverbotes) für den Gesellschafter kein "fremder".

Die beiden Fälle unterscheiden sich nur unwesentlich hinsichtlich des Grundes der Abhängigkeit der Gesellschaften. In beiden Fällen mußte die Vertragsauslegung ergeben, daß dem Vertragsgegner die Verpflichtung auferlegt war, seinen Einfluß dahin geltend zu machen, daß die Verpflichtungen auch nicht durch andere verletzt werden. Er haftet also in beiden Fällen für die Verletzung des Vertrages durch die abhängigen Gesellschaften, weil er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen war. Man könnte in diesen Fällen zu demselben Ergebnis kommen, auch wenn keine derart weitgehenden Vertragsklauseln bestünden. Es wäre möglich, den Vertragsgegner dahin zu verurteilen, seine vertraglichen Pflichten nicht mittels abhängiger juristischer Personen zu verletzen. Damit ist den Interessen des Vertragsgegners Genüge geleistet. Eine unmittelbare Verpflichtung der Gesellschaften aus dem Vertrag ihres Gesellschafters ist - in Übereinstimmung mit Reinhardt [73] - zu verneinen. Eine unmittelbare Haftung der Gesellschaft würde die Interessen der übrigen Gesellschafter verletzen. Die private Verpflichtung des Hauptgesellschafters darf nicht auf sie erstreckt werden, auch nicht mittelbar dadurch, daß die Gesellschaft verpflichtet wird und damit der Wert der Anteile am Gesellschaftsvermögen gemindert wird.

73) S. 586.

Entsprechendes gilt in dem u m g e k e h r t e n Fall, daß der Gesellschafter einem Wettbewerbsverbot der Gesellschaft zuwiderhandelt. Dann haftet die Gesellschaft für das Verhalten des Gesellschafters, der ihre Geschicke bestimmen kann.

Mit der Behandlung dieser wenigen Fälle kann die Frage, ob die Gesellschaft aus dem Vertrag des Gesellschafters und umgekehrt verpflichtet werden kann, noch nicht endgültig verneint werden. Es bleibt abzuwarten, ob nicht noch Sachverhalte vor den Richter kommen, bei denen die Interessenlage eine solche unmittelbare Verpflichtung erfordert. Die vorliegende Arbeit muß sich damit begnügen, die gefundene Methode der Interessenabwägung an den vorhandenen Fällen zu demonstrieren.

9. Kapitel: Schutz der Gesellschafterinteressen

Ein Durchgriff zu Gunsten des Gesellschafters wird in der Literatur, soweit überhaupt erwähnt, meist abgelehnt. Die rechtliche Verselbständigung in Form der juristischen Person diene, so wird gesagt, gerade seinen Interessen, er müsse deshalb auch die aus der gewählten Form erwachsenden Nachteile tragen [1]. Man wird hierbei unterscheiden müssen:

1. Durchgriff zum Schutze der Mitgesellschafter gegen gesellschaftsinterne Handlungen des Gesellschafters und
2. Durchgriff zum Schutz des Gesellschafters gegen Dritte.

1. Das erstgenannte Problem war in den 20-er Jahren unter Schlagworten bekannt wie "Minderheitenschutz", "Schutz vor innerer und äußerer Überfremdung innerhalb der juristischen Person" und sowohl in Deutschland wie auch in Österreich und in der Schweiz heiß umkämpft [2]. Durchgriffsprobleme zeigen sich bei der Frage, inwieweit die gesetzlichen Stimmrechtsverbote, die den Gesellschafter treffen, auf solche juristische Personen auszudehnen sind, die von ihm beherrscht werden. Durch die weitgehende gesetzliche Regelung dieser Frage in den §§ 114 Abs. 5, 15 AktG von 1937 wurde das Problem für das Aktien-

1) Fischer in einer Urteilsanmerkung in L-M Nr. 1 zu § 13 GmbHG, Erman-Westermann, Vorbemerkung 2 vor § 21 BGB, vgl. Soergel-Siebert, Anm. 23 vor § 21 BGB. Im schweizerischen Recht besonders BGE 72 II 67 (76), siehe oben S. 48.

2) Unter der großen Zahl von Äußerungen hierzu soll vor allem die des Züricher Gelehrten Prof. A. Egger: Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht ZSchR 1926/1 ff hervorgehoben werden.

recht weitgehend gelöst [3], es behält aber im Rahmen des GmbH-Rechts noch seine Bedeutung. Daher sollen die wichtigsten Fälle kurz erörtert werden.

Das RG hat in RGZ 146/385 ff das Stimmrechtsverbot des Vorstandsmitglieds einer AG alten Rechts bei der Beschlußfassung über seine Entlastung auf eine GmbH ausgedehnt, auf die dieses Vorstandsmitglied "entscheidenden Einfluß" ausüben konnte. Solchen Einfluß hatte das Mitglied dadurch, daß es nach dem Statut auf Lebenszeit das Recht auf Geschäftsführerbestellung dieser Gesellschaft hatte, außerdem Hauptgesellschafter und augenblicklicher Geschäftsführer war. Die übrigen Gesellschafter waren zudem Familienangehörige dieses Mitglieds. Durch das Verbot, bei der Beschlußfassung über die Entlastung der eigenen Person mitzubestimmen, soll verhindert werden, daß der Gesellschafter durch die Ausübung seines Stimmrechts gleichsam als Richter in eigener Sache fungiert. Diese nicht erwünschte Folge würde aber ebenso Platz greifen, wenn eine Gesellschaft abstimmen würde, die der zu Entlastende maßgeblich dazu bestimmen kann, für seine Entlastung zu stimmen. Deshalb erscheint eine Ausdehnung dieses Verbots geboten. Die gegen den Durchgriff bestehenden Bedenken, daß die Minderheit, die dadurch zur Mehrheit werden kann, ihr Stimmrecht nicht sachgerecht ausüben werde, können unterdrückt werden, weil die Folgen eines Entlastungsbeschlusses nicht allzu schwer-

3) Auch der Regierungsentwurf übernimmt insoweit das geltende Recht ohne sachliche Änderungen (E 103 Abs. 1 und 2). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß er - zu Recht - bei wechselseitig beteiligten Unternehmen die Ausübung des Stimmrechts nur für 1/4 der Anteile an dem anderen Unternehmen zuläßt (E 316).

wiegend sind, insbesondere keinen Verzicht auf Ersatzansprüche bedeuten. § 47 Abs. 4 GmbHG ist also nach Sinn und Zweck auch auf den Fall anzuwenden, daß eine von dem zu entlastenden Geschäftsführer abhängige juristische Person bei dessen Entlastung nicht mitstimmen darf.

Problematischer ist die Frage, ob eine abhängige juristische Person bei der Beschlußfassung über ein Rechtsgeschäft ihrer herrschenden Person mit der GmbH mitstimmen darf. Einerseits gilt der Grundgedanke des Verbots nach § 47 Abs. 4 GmbHG, daß der vertragschließende Gesellschafter von einer Interessenkollision bei der Abstimmung über diesen Vertrag bewahrt und damit die Reinheit des Abstimmungsergebnisses gewährleistet wird, auch hier. Andererseits ist es vor allem bei Konzerngesellschaften häufig untragbar, der Minderheit, die in die Zusammenhänge der Rechtsgeschäfte innerhalb eines Konzerns keinen Einblick hat, die Entscheidung über den Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit einem Konzernteilnehmer zu überlassen. Hierdurch können die Beziehungen innerhalb des Konzernes gestört und dadurch die Konzerninteressen erheblich beeinträchtigt werden. Die Interessen des Hauptgesellschafters wiegen hier schwerer als die der Minderheit. Die Minderheit kann zudem auf andere Weise wirksam geschützt werden, nämlich dadurch, daß sie in entsprechender Anwendung der §§ 101,197 AktG Gesellschafterversammlungsbeschlüsse anfechten kann, wenn der Hauptgesellschafter mit der Stimmabgabe gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Nachteil der Gesellschaft erstrebt. In Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zeigt sich die Tendenz, dieses Stimmverbot möglichst einzuschränken. So wurde dieses für die Aktiengesellschaft ursprünglich bestehende

Verbot der Stimmrechtsausübung (§ 252 Abs. 2 Satz 2 HGB) in das Aktiengesetz von 1937 nicht übernommen. In der Schweiz besteht ein derartiges Verbot zwar bei Vereinen (OR 68), die herrschende Lehre verneint auch hier eine entsprechende Anwendung des OR 68 auf Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH [4]. Das RG hat im Urteil über den Stummkonzern [5] dieses Stimmrechtsverbot sehr zurückhaltend angewendet und das Stimmrecht der Stumm-GmbH bejaht, obwohl sie alle Anteile des Vertragsgegners (der Treuhandgesellschaft S.) innehatte. Dies wurde damit begründet, daß die Treuhandgesellschaft trotz dieser hohen Beteiligung nicht von den Weisungen der Muttergesellschaft sondern von einer anderen Gesellschaft, nämlich der S.-Konzerngesellschaft abhängig gewesen sei. Man wird deshalb auch im GmbH-Recht sehr zurückhaltend sein müssen.

Schließlich soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob in der Gesellschafterversammlung einer GmbH mit Anteilen abgestimmt werden darf, die einer von der GmbH abhängigen Gesellschaft gehören. Das RG [6] hat dies unter Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften bejaht. das schweizerische BG hat es in der ausführlich begründeten Entscheidung vom 19.3.1946 [7] verneint. In der Literatur war diese Frage früher sehr umstritten [8]. Die Begründung des Stimmrechtsverbotes

4) Egger, Majoritätsherrschaft, S. 21 mit weiteren Nachweisen; entsprechend wird auch bei uns eine analoge Anwendung des § 34 BGB auf Aktiengesellschaften verneint, vgl. z.B. Rasch, S. 113.

5) RGZ 115/246.

6) RGZ 103/64 (67 f).

7) BGE 72 II 275 ff.

8) Vgl. die in den Entscheidungen und bei Flechtheim JW 1925/564 ff angegebene Literatur; Flechtheim z.B. will das Stimmrechtsverbot dann auch auf Anteile der abhängigen Gesellschaften ausdehnen, wenn im Einzelfall eine unzulässige Umgehung des Stimmrechtsverbots vorliegt.

in dem zitierten RG-Urteil klingt etwas scholastisch: Das RG hat seine Entscheidung nämlich damit begründet, daß der Wille der Gesellschaft unmöglich mitbestimmend sein kann bei Beschlüssen, die erst ergeben sollen, was die Gesellschaft will. Besser erscheint die vom BG gegebene Begründung, daß die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung von unzulässiger Beeinflussung des Stimmrechts durch die Gesellschaftsorgane freizuhalten sei (S. 283 f). Unzulässig ist die Stimmrechtsausübung deshalb, weil in aller Regel [9] der Gegenwert für die eigenen Anteile entweder der Gesellschaft noch gar nicht zur Verfügung gestellt oder beim entgeltlichen Erwerb der Anteile durch diese wieder weggegeben worden ist. Die eigenen Anteile würden der Gesellschaft Rechte gewähren, ohne daß sie das typische Gesellschafterrisiko, das in der Vermögenseinlage liegt, tragen müßte. Das trifft aber für Anteile, die einer abhängigen Gesellschaft gehören, ebenso zu. Ein echter Vermögenszuwachs findet durch den Erwerb von Anteilen der Muttergesellschaft durch eine von deren Willen beherrschte Tochtergesellschaft nicht statt. Mit Hilfe des Stimmrechts der Tochtergesellschaft könnte sich die Muttergesellschaft unzulässigerweise das Übergewicht in ihrer eigenen Gesellschafterversammlung erschleichen. Wenn ganz überwiegende Konzerninteressen der Ansicht der andern Aktionäre entgegenstehen (z.B. in notstandsähnlichen Situationen), kann ausnahmsweise im Blick auf einen einzelnen Beschluß einmal das Interesse der

9) Ausnahme: der wohl seltene Fall des unentgeltlichen Erwerbs voll bezahlter Anteile durch die Gesellschaft.

Verwaltung stärker wiegen als das Interesse der Mitaktionäre und daher ein Stimmrecht von Anteilen abhängiger Unternehmer gebieten [10].

2. Zu Gunsten der Gesellschafter kann im übrigen dann durchgegriffen werden, wenn in Ausnahmefällen keine andern schützenswerten Interessen mehr im Spiele sind. Das trifft beispielsweise für den von Rauscher-Kastner [11] beschriebenen Fall aus dem österreichischen Rückstellungsrecht zu: Wenn die Muttergesellschaft und ihre Einmanntochtergesellschaft im Sinn des 5. österreichischen Rückstellungsgesetzes [12] untergegangen sind, und der Untergang der einen Gesellschaft mit dem der andern im Zusammenhang steht, so können die ehemaligen Gesellschafter der Muttergesellschaft den Antrag auf Rückstellungsverfahren sowohl der Muttergesellschaft wie der Tochtergesellschaft stellen. Es wäre eine unnötige Zeitverschwendung, wollte man erst die Muttergesellschaft wieder ins Leben rufen, damit diese den Antrag bezüglich der

10) Ähnliche Grundsätze müssen für die Frage des Erwerbs eigener Anteile durch abhängige Gesellschaften gelten. In diesen Fällen wächst der Gesellschaft durch die Veräußerung der Anteile an abhängige Gesellschaften kein realer Vermögenswert zu, so daß Mitgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger benachteiligt sind. Deshalb hat RGZ 108/41 ff mit Recht den Erwerb für unzulässig erklärt, wenn sich die erwerbende Gesellschaft ganz oder fast ganz im Besitz der Gesellschaft befindet. Die Frage ist heute im Blick auf die §§ 51, 65 Abs. 5 AktG nur noch für die GmbH bedeutsam.

11) Kommentar zum 4., 5. und 6. Rückstellungsgesetz, § 2 Ziff. 3 (S. 101).

12) BG vom 22.6.1949, BGBl. Nr. 164.

Tochtergesellschaft stelle [13]. Das RG hat jedoch einen Durchgriff zu Gunsten der Gesellschafter in zwei Urteilen in einem weiteren Rahmen zugelassen. In dem Urteil vom 23.9.1927 [14] ging es um den Vergütungsanspruch eines Angestellten bei Annahmeverzug des Dienstherrn nach § 615 BGB. Der Angestellte war zugleich alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Das RG hatte zu entscheiden, ob er sich das Geschäftsführergehalt nach § 615 Satz 2 anrechnen lassen muß, wenn seine GmbH während dieser Zeit nichts verdiente und er das Geschäftsführergehalt also praktisch aus der eigenen Tasche zahlte. (Zudem stellte sich die Gesellschaftsgründung alsbald als nichtig heraus). Das RG entschied, daß hier unter denselben Voraussetzungen ein Verdienst vorliege, wie wenn der Angestellte für sich ein eigenes Geschäft angefangen habe. Die Form der GmbH und des Gehalts seien nicht maßgebend. Im Urteil vom 17.1.1918 [15] ging es um Schadensersatz nach § 3a des Reichshaftpflichtgesetzes [16]. Der Kläger beanspruchte eine Rente als Ausgleich für die durch einen Eisenbahnunfall verursachte Minderung seiner Erwerbsfähigkeit. Er war Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH; seine Frau besaß einen weiteren Geschäftsanteil. Fraglich war, ob bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden konnte, daß das

13) In andern Rückerstattungsgesetzen ist der Durchgriff ausdrücklich anerkannt, so z.B. in § 2 Abs. 4 des 3. österr. RüG (vom 6.2.1947, BGBl. Nr. 54) und dem 1. Rückgabegesetz (vom 11.7.1951 BGBl. Nr. 176). Hierzu ORK in Rü Nr. 348 und öJZ 1952/293 (Evidenzblatt Nr. 195), öJZ 1953, S. 658 (Evidenzblatt Nr. 537), auch in Rü Nr.404.

14) JW 1928/177.

15) RGZ 92/55 ff.

16) vom 7.6.1871/18.8.1896.

Gesellschaftsvermögen durch den Unfall Verluste erlitten und dadurch der Geschäfts- und Gewinnanteil des Klägers und seiner Ehefrau an Wert verloren hatte. Das RG hat dies deshalb bejaht, weil der verunglückte Gesellschafter auch Geschäftsführer war, denn dann erscheine auch der von ihm auf diese Geschäftsanteile erlangte Gewinn als von ihm erworbener Vermögensvorteil. Der unmittelbare ursächliche Zusammenhang zwischen Unfall und Schaden wurde auch bezüglich des Anteils seiner Frau bejaht, weil dem Kläger an ihrem Anteil (kraft damaligen gesetzlichen Güterstandes) ein Nutznießungsrecht zugestanden habe.
Beide Entscheidungen sind zu begrüßen. Das RG hat mit Recht die Interessen des Verletzten an einem vollen Schadensersatz gegenüber den Interessen des Verletzers und entsprechend die Interessen des dienstwilligen Arbeitnehmers vor denen des sich im Annahmeverzug befindenden Arbeitgebers berücksichtigt.

Haußmann [17] beschreibt einen Fall aus dem Konzernrecht, in dem ein Durchgriff zu Gunsten des Gesellschafters erforderlich ist. Er führt aus: "So ist z.B. bei der Vertragsauslegung eines Angestelltenvertrags ohne weiteres anzunehmen, daß der Angestellte auch verpflichtet ist, bei einer Tochtergesellschaft, deren sämtliche Anteile in der Hand der Muttergesellschaft sind, tätig zu sein, sofern dies mit den sonstigen Bestimmungen des Angestelltenvertrages nicht im Widerspruch steht". In derartigen Fällen wird das Interesse der Muttergesellschaft (überhaupt das Interesse des Konzerns) daran, den Konzern möglichst zweckmäßig zu organisieren, um Verluste großen Ausmaßes zu vermeiden,

17) Die Tochtergesellschaft, S. 36.

höher zu bewerten sein als die mehr ideellen Interessen, die der einzelne Angestellte oder Arbeiter daran hat, plötzlich einem andern Arbeitgeber unterstellt zu sein. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß er im wesentlichen unter denselben Bedingungen (Vertragsinhalt) beschäftigt wird wie bei der Muttergesellschaft. Das wird häufig z.B. dann der Fall sein, wenn die Konzerngesellschaften eine einzige Personalabteilung haben.

Bedenken können vielleicht in der Richtung geltend gemacht werden, daß eine rechtlich verselbständigte Abteilung eines Konzerns leichter veräußert werden kann als eine unselbständige Abteilung und deshalb für den Angestellten zum unsichereren Arbeitsplatz wird. Diese Bedenken sind aber gerade bei Konzernverhältnissen nicht begründet, da abhängige Konzerngesellschaften, die wirtschaftlich zumeist darauf eingestellt sind, ein Teilerzeugnis im Rahmen des Produktionsablaufs des Konzerns herzustellen, allein nicht lebensfähig sind, sondern ein Wrack, sobald sie veräußert werden. Eine Veräußerung wird selten sein, da sie wirtschaftlich unrentabel ist. Auch arbeitsrechtlich ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken.

Man muß dann nicht, wie es Haußmann tut, die Konstruktion der Vertragsauslegung zu Hilfe nehmen, die Lösung ergibt sich vielmehr schon aus der Interessenlage des einzelnen Falles.

10. Kapitel: Schutz sonstiger höher bewerteter Interessen

In einen Konflikt mit dem Institut der juristischen Person können auch solche Normen geraten, die nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz der in den vorigen Kapiteln aufgezeigten Interessen dienen. Es handelt sich dabei vor allem um Normen, die im Interesse des Staates oder der Allgemeinheit erlassen worden sind. Das RG und das KG haben in einigen Urteilen diese Staats- und Gemeinschaftsinteressen höher bewertet, als die Rechtsform der juristischen Person: So hat das RG im Urteil vom 20.3.1926 [1] einen Durchgriff auf Grund der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken [2] gestattet, deren § 1 lautet: "Jede Vereinbarung, welche den Genuß der Erzeugnisse ... eines Grundstückes zum Gegenstand hat ... bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der zuständigen Behörde." Die gothaische Gewerkschaft Agneshall war die Eigentümerin eines Rittergutes. Die beiden Inhaber sämtlicher Kuxe der Gewerkschaft, die das Rittergut seit langem bewirtschaftet hatten, veräußerten ihre Anteile an die Kläger und verpflichteten sich dabei, bis zu einem bestimmten Termin von der Bewirtschaftung des Gutes zurückzutreten und es der Gewerkschaft zur weiteren Bewirtschaftung zu übergeben, andererseits ihre Kenntnisse und Erfahrungen in der Bewirtschaftung des Ritterguts noch weitere 16 Jahre auf Anfordern zur Verfügung zu stellen. Die Veräußerer verweigerten die Durchführung dieser Vereinbarung mit der Begründung, daß die Genehmigung nach § 1 der oben genannten Verordnung fehle. Das RG hat ihnen recht gegeben und entschieden, daß diese Vereinbarung nach "Sinn und Zweck" der VO der Genehmigungspflicht unter-

1) JW 1926/1664.
2) vom 15.3.1918, RGBl S. 123.

liege. Die Literatur hat der Entscheidung mit Recht zugestimmt [3]. Ausschlaggebend waren die Interessen des Staates, seine wirtschafts- und ernährungspolitischen Ziele durchzusetzen, insbesondere durch die Aufsicht darauf hinwirken zu können, daß die Grundstücke einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung zugeführt würden.

In einem andern Fall hat das KG [3a] auf Grund des Artikels 13 der preußischen Verfassung den Durchgriff gestattet, einer Norm, die den Schutz des Staates vor bestimmten internen Machtgruppen bezweckte und dabei eine ideologische Kampfstellung eingenommen hatte. Artikel 13 lautet: "Die Religionsgemeinschaften, sowie die geistlichen Gesellschaften, welche keine Korporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besonderes Gesetz erlangen" [4]. In dem Fall hatten vier Ordensbrüder, Mitglieder der Genossenschaft des Heiligen Franziskus die Gründung einer GmbH beschlossen. Diese GmbH sollte Grundstücke für die Genossenschaft erwerben. Das KG erklärte die Gründung der GmbH für nichtig, weil sie zu dem Zweck erfolgt sei, um auf diese Weise einer geist-

3) Schumacher, JW 1937/2252, Friedlaender, S. 80, Serick, Rechtsform, S. 31 Anmerkung 4. Hagelbeck äußert in der Urteilsanmerkung JW 1926/1664 die Ansicht, daß die Auslegung des §1 der VO durch das RG zu weit gegangen sei, da der Verkauf der Kuxe keine Vereinbarung sei, die den Genuß der Erzeugnisse zum Gegenstand habe. Von seinem Standpunkt aus müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Veräußerung der Kuxe eine verbotene Umgehung der VO darstellt, so auch Serick und das RG, die allerdings beide verlangen, daß eine Umgehungsabsicht vorliege. Nach den Feststellungen des RG hat eine Umgehungsabsicht vorgelegen, da die Parteien ursprünglich das Rittergut selbst verkaufen wollten und nur im Hinblick auf die Genehmigungspflicht den geschilderten Weg einschlugen. Es wäre nicht erforderlich gewesen, diese Absicht festzustellen. 3a) KGJ 31/A 183 ff.

4) Der Artikel ist heute gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV gegenstandslos.

lichen Gesellschaft unmittelbar Korporationsrechte zu verleihen. Die Gründer seien teils aus moralischen, teils aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, den Weisungen der Genossenschaft in allen Ordensangelegenheiten Folge zu leisten. Schon nach dem (nichtigen) Gesellschaftsvertrag seien die Geschäfte zur Ordensangelegenheit gemacht worden. Die Literatur hat dieser Entscheidung mit Recht zugestimmt [5]. Die Bestimmungen zum Schutz des Staates enthalten die höher bewerteten Interessen.

Schwieriger und vielschichtiger ist das Problem, ob eine E n t e i g n u n g von Mitgliedschaftsrechten durch einen ausländischen Staat im Inland anzuerkennen ist, wenn die juristische Person im Inland Vermögen besitzt. Schwierig und bestritten ist bereits die Frage, welche Folge eine Enteignung des V e r m ö g e n s der juristischen Person durch den ausländischen Staat für das Inland hat. Nach dem allgemein anerkannten Territorialitätsprinzip wird das extraterritoriale Vermögen grundsätzlich nicht von der Enteignung erfaßt, da "die Wirkung einer Enteignung da aufhört, wo die Gebietshoheit der enteignenden Macht endet" [6]. Eine Ausnahme besteht für den Fall, daß der inländische Staat die Enteignung ausdrücklich anerkennt [7]. Es ist jedoch streitig, ob die juristische Person, soweit sie Inlandvermögen besitzt, im Inland

5) Serick, Rechtsform, S. 18 Anmerkung 2, 26 Anm.2, Maday, S. 68, beide fordern eine Umgehungsabsicht der Gründer, anders mit Recht von Tuhr: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts II 2 (1918) § 69 I S. 8.

6) BGHZ 13/108.

7) Oder aus sonstigen Gründen an sie gebunden ist: so in den sog. AKU-Prozessen, vgl. Serick, Rechtsform, S. 48 Anm. 2.

weiter besteht, welches Recht für sie nach der Enteignung maßgebend ist, welche gesetzlichen Organe sie nach der Enteignung hat und wie die Rechtsstellung der inländischen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger ist. 8)

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der ausländische Gesetzgeber die ausländische juristische Person, die Inlandsvermögen besitzt, bestehen läßt und nur die an ihr bestehenden Mitgliedschaftsrechte enteignet? Muß diese Enteignung auch im Inland anerkannt werden oder greift auch hier das Territorialitätsprinzip durch? Sind die Mitgliedschaftsrechte nur am Sitz der Gesellschaft belegen, wonach die Enteignung nach dem Territorialitätsprinzip auch für das Inlandsvermögen anzuerkennen wäre, oder überall dort, wo sich Vermögen der juristischen Person befindet? In diesen Fragen steckt das Problem, ob ein Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person möglich ist. Die Anwendung des Territorialitätsprinzips auf die Anteilsenteignung setzt den Gedanken voraus, daß die Enteignung der Mitglieder im Ergebnis einer Enteignung der juristischen Person selbst gleich kommt, ein Gedanke, der gerade die scharfe Trennung zwischen juristischer Person und Mitglied überspringt.

8) Hierzu Raape, S. 654 ff, Seidl-Hohenveldern: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht S. 105 ff, Beitzke JZ 1956/673 ff mit weiteren Nachweisen. Symptomatisch ist die Rechtsprechung des österreichischen OGH, der in einigen Urteilen annimmt, daß die Rechtsform nach der ausländischen Enteignung im Inland so lange erhalten bleibt, als sich hier Vermögen befindet, dagegen in andern Urteilen davon ausgeht, daß die Persönlichkeit nach der Enteignung erloschen sei, und im Inland an deren Stelle eine communio incidens der Gesellschafter getreten sei. Vgl. Schneider, öJZ 1959/365 ff und OGH SZ 27/702 einerseits (communio incidens) und OGH SZ 27/136 ff andererseits. Die deutsche Rechtsprechung nimmt überwiegend den Fortbestand der Rechtsform der juristischen Person an. Nachweise bei Schneider und Raape.

Die Frage, ob und inwieweit ein solcher Durchgriff möglich ist, ist bestritten:

a) Hans Lewald [9] verneint die Möglichkeit eines Durchgriffs: "Im Hinblick auf die im Ausland gelegenen Vermögenswerte der AG kann die Frage nach der territorialen resp. extraterritorialen Wirkung nationalisierender Maßnahmen überhaupt nicht auftreten, da sie ja gar nicht Gegenstand dieser Maßnahmen waren".

b) Serick [10] geht mit Hans Lewald grundsätzlich davon aus, daß die Anteile am Sitz der Gesellschaft belegen seien, eine Enteignung der Anteile also grundsätzlich auch außerhalb des enteignenden Sitzstaates anzuerkennen sei. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn der enteignende Staat mit der Anteilsenteignung sich bewußt den Zugriff auf das extraterritoriale Vermögen der juristischen Person verschaffen wolle, also etwas zu erreichen strebe, das ihm infolge des Territorialitätsprinzips versagt geblieben wäre, wenn er die juristische Person selbst enteignet hätte. Dann, so sagt Serick, dürfe die Rechtsform mißachtet werden, weil sie sonst zu unlauteren Zwecken, nämlich zur Umgehung des Territorialitätsprinzips verwendet würde.

c) Eine andere von Lieberknecht [11], von Raape noch in der 4. Auflage des IPR [12] und in der Schweiz von Bindschedler [13] vertretene Auffassung geht davon aus, daß der Enteignung in bezug auf das Inlandsvermögen von Fall zu Fall dann die Anerkennung zu

9) JBl. 1952/238 ff.
10) Rechtsform, S. 46, JZ 1956/198 ff und noch mehrfach.
11) NJW 1956/931 (933).
12) S. 641 ff.
13) sJZ 1950/285 (287)

versagen sei, wenn sie gegen den inländischen ordre public verstoße. Diese Auffassung unterscheidet sich von der Serick'schen Auffassung dadurch, daß sie die Mißbrauchs a b s i c h t nicht zur Voraussetzung des Durchgriffs macht.

d) Die herrschende Meinung [14] in Deutschland vertritt die sog. Spaltungs- oder Durchgriffstheorie. Sie vertritt die Auffassung, daß das Territorialitätsprinzip einen Durchgriff durch die Rechtsform verlange und die Anteilsrechte überall dort belegen seien, wo die juristische Person Vermögen besitze. Eine Enteignung vernichtet die Anteile nur insoweit, als sie sich auf territoriales Vermögen des Enteignerstaates beziehen; bezüglich des extraterritorialen Vermögens lasse sie die Anteilsrechte bestehen. Die Anteilsrechte sind danach also gespalten.

e) De la Croix [15] schließlich vertritt die Ansicht, daß sich der im Ausland entschädigungslos enteignete deutsche Aktionär in voller Höhe aus dem in Deutschland belegenen Vermögen der AG befriedigen dürfe.

Die Rechtsprechung des schweizerischen BG neigt der ordre-public-Theorie zu [16], während sich der BGH für die sog. Spaltungstheorie entschieden hat. Der BGH hat zunächst den Durchgriff nur in zwei besonders gelagerten Fällen anerkannt: in dem Fall[17], daß eine GmbH in der sog. DDR ausschließlich zu dem

14) Kuhn, zuletzt in WM 1961/940, vgl. WM 1959/990, Beitzke in JZ 1956/40 und Kegel in Soergel BGB Anm. VI, 1,e,ff,bbb vor Art. 7 EG, für Österreich Seidl-Hohenveldern (IPR S. 125), weitere Nachweise bei Beitzke und BGHZ 32/261.

15) In der Festschrift für Walter Schmidt, 1959, S. 171 ff (202 ff).

16) BGE 79 II 87 (93), auch 80 II 54 (62), vgl. Bindschedler, sJZ 1950/285 (287).

17) BGHZ 20/4 ff.

Zweck gegründet worden war, um westdeutsche Vermögenswerte zu verwalten, die sie von ihrer - danach enteigneten - Gesellschafterin, einer Elektrizitäts-AG, erworben hatte. In BGHZ 25/134 ff hat er ausdrücklich eine Stellungnahme zu den Theorien abgelehnt [18] und einen Durchgriff für den Fall bejaht, daß sämtliche Anteile und außerdem das Vermögen der juristischen Person enteignet worden sind. In BGHZ 29/320 finden sich ebenso wie in BGHZ 20/4 Anklänge an die sog. Spaltungstheorie [19]. Seit BGHZ 32/256 (261) hat er schließlich grundsätzlich die Spaltungstheorie anerkannt, da bei anderer Betrachtungsweise das Territorialitätsprinzip "zu sehr ausgehöhlt" würde [20]. In dieser Entscheidung hat er ausdrücklich die ordre-public-Theorie verneint, nachdem er die Mißbrauchstheorie Sericks schon in BGHZ 20/4 (13 f) mit den Worten abgelehnt hatte: "Beim absichtlichen Mißbrauch der juristischen Person kann es nicht schwer fallen, die durch das Rechtssubjekt verdeckte Wirklichkeit bloßzulegen".

Die Frage, ob die Staatsinteressen auch in diesen Fällen einen Durchgriff durch die Rechtsform der juristischen Person rechtfertigen, stellt sich nur dann, wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß die Enteignung von Anteilsrechten einer juristischen Person mit extraterritorialem Vermögen gegen das Territorialitätsprinzip verstößt.

18) Was wohl auf die Kritik W. Lewalds an dem Urteil in BGHZ 20/4 in NJW 1956/785 zurückzuführen ist.

19) "In dem enteignungsfrei gebliebenen, weiter haftenden westdeutschen Gesellschaftsvermögen (ist) ein ausreichender Anknüpfungspunkt an das westdeutsche Währungsrecht vorhanden." (BGHZ 29, S.327).

20) In Anlehnung hieran ebenso BGHZ 33/195 (197 ff), WM 1961/347 f und WM 1961/423.

Wird die Enteignung lediglich deshalb nicht anerkannt, weil sie gegen den ordre public verstößt, so sind bei der Prüfung des Durchgriffs die Interessen, die der fremde Staat an der Enteignung hat, gegen die privaten Interessen der Beteiligten abzuwägen. Dabei richten sich beide Fragen, ob die Enteignung gegen den ordre public verstößt und ob die Rechtsform der juristischen Person zum Schutz der enteigneten Anteilsinhaber oder Gesellschaftsgläubiger mißachtet werden darf, nach demselben Maßstab, nämlich danach, ob der Eingriff des fremden Staates noch im Rahmen der Zweckordnung des (deutschen) Rechts liegt. Nichts anderes wollen die Formeln von Treu und Glauben (§ 242 BGB) [21] und des ordre public (Art. 30 EGBGB) [22] aussagen. Das Territorialitätsprinzip dagegen, das - negativ - besagt, daß die Konfiskation, die ein Staat vornimmt, nicht das im Ausland belegene Vermögen erfassen kann, dient in erster Linie dem Interesse des Staates, der allein die Territorialhoheit in seinem Staatsgebiet hat, sie dient mittelbar zugleich den Interessen der Gesamtheit der Staatsbürger. Das Territorialitätsprinzip schützt damit nicht ohne weiteres zugleich die Interessen bestimmter Personengruppen (der Anteilsinhaber, der Gläubiger usw.). Mit Recht geht die herrschende Lehre jedoch davon aus, daß die Interessen des Staates, also des Ganzen, Vorrang haben vor den Interessen der einzelnen Gruppen.

21) Siehe oben Kapitel 5.

22) Art. 30 nennt einen Verstoß gegen die guten Sitten o d e r den Zweck eines deutschen Gesetzes. Darin besteht nach der Auslegung im Text keine echte Alternative, da ein Verstoß gegen den Zweck eines einzelnen Gesetzes nur dann gegen Art. 30 verstößt, wenn sich dieses Gesetz selbst im Rahmen der Zweckordnung der Rechte hält. Ähnliche Erwägungen stellt wohl Raape an, wenn er feststellt, daß der Mißbrauch als Spezialfall des ordre public erscheine (IPR S. 688).

Übrig bleiben, wie in all den geschilderten Durchgriffsfällen schwierige Abgrenzungsfragen, wann nämlich das Territorialitätsprinzip so schwerwiegend verletzt wird, daß die entgegenstehenden Interessen mißachtet werden dürfen. Der BGH hat eine derartig schwerwiegende Verletzung des Territorialitätsprinzips (eine "Aushöhlung" dieses Prinzips) dann angenommen, wenn der enteignende Staat alle oder nahezu alle Anteile der Gesellschaft enteignet [23]. In allen Fällen ist es denkbar, daß eine Anteilsenteignung deshalb für das Inland unbeachtlich ist, weil sie etwa wegen der besonderen Art des Vorgehens gegen einen Aktionär gegen den ordre public verstößt. Eine entschädigungslose Enteignung verstößt an sich noch nicht dagegen.

23) BGHZ 32/256 (261). Nach BGH WM 1961/423 f auch dann, wenn sich ein Teil der Aktien in der Hand des enteignenden Staates befindet und alle übrigen Aktien enteignet werden.

N A C H W O R T

Die Untersuchungen dieser Arbeit sind abgeschlossen.

Als Ergebnis kann dreierlei festgehalten werden:

1.) Der gewählte Ansatzpunkt und der entwickelte Lösungsweg haben nicht enttäuscht. Es hat sich gezeigt, daß der Fülle von Durchgriffsfällen durch eine Prüfung der jeweiligen Interessenlage beizukommen ist und über die Interessenbewertung ein vertretbares Ergebnis erzielt werden kann.

2.) Die Unterteilung nach den Interessengruppen (Kapitel 6 - 10) hat gezeigt, daß es möglich ist, diese ganze Vielzahl von Fällen nach verschiedenen Grundmerkmalen zu gliedern. Damit wird einerseits erreicht, daß das Durchgriffsproblem in seiner Vielschichtigkeit geordnet dargestellt werden kann und daß andererseits durch die Zusammenstellung von Fällen mit vergleichbarer Interessenlage der Weg geebnet wird für die Erarbeitung von abstrakten Merkmalen für die Bewertung der Interessen und damit für die Lösung des Durchgriffsproblems.

3.) Von diesem Ziel ist man freilich noch immer weit entfernt. Es soll nicht verschwiegen werden, daß es auch in der vorliegenden Untersuchung nur gelungen ist, einheitliche Merkmale für einzelne Gruppen von Fällen zu erarbeiten. Das Problem ist zu vielschichtig, als daß es möglich und sinnvoll wäre, eine Rangordnung der im Spiele stehenden Interessen aufzustellen und diese Bewertung für die Durchgriffsfälle entscheidend sein zu lassen.

So hat auch diese Arbeit nur zu einigen Teilergebnissen geführt. Beispielsweise kann aus den

obigen Untersuchungen gefolgert werden, daß in den meisten Fällen ein Durchgriff bereits auf Grund der objektiven Sachlage erforderlich war und nur in wenigen Fällen ein subjektives Moment den Ausschlag gab.

Um sichere Maßstäbe für die Bewertung der Interessenlage zu finden, wird es erforderlich sein, daß sich das Quellenmaterial im Lauf einer stetigen Rechtsentwicklung vergrößert, es wird dabei noch viel intensive Arbeit geleistet werden müssen.

L e b e n s l a u f

Am 23. August 1934 wurde ich in Crailsheim als Sohn des Hauptlehrers Heinrich N e s t e l e und seiner Ehefrau Wilhelmine geborene Schumm geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1941 bis Kriegsende besuchte ich die Volksschule in Stuttgart und Crailsheim, anschließend daran bis zum Abitur im Jahre 1954 das Zeppelin-Gymnasium in Stuttgart.

Vom Sommersemester 1954 an studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft in Tübingen und Freiburg/Breisgau und legte am 2. Dezember 1958 vor dem Prüfungsausschuß des Landes Baden-Württemberg die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes in Baden-Württemberg bestand ich am 2. Juli 1963 in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung. Anschließend war ich für eineinhalb Jahre als juristischer Sachbearbeiter beim Deutschen Automobilschutz in Stuttgart tätig. Seit 1. April 1964 stehe ich im Dienste der Deutschen Bundesbahn.